

OM BORGEN

FÖRETRÄDESVIS

ENLIGT SVENSK ALLMÄN CIVILRÄTT.

AKADEMISK AFHANDLING

SOM MED TILLSTÅND AF

VIDTLAGFARNA JURIDISKA FAKULTETEN I LUND

TILL OFFENTLIG GRANSKNING FRAMSTÄLLES

AF

FREDRIK AGARDH, SK.,

JURIS UTRISQUE KANDIDAT.

Å AUDITORIET N:o 1, FREDAGEN DEN 31 MAJ 1878,

KL. 8 F. M.

LUND 1878.

FR. BERLINGS BOKTRYCKERI OCH STILGJUTERI.

Innehåll:

	Sid.
I. Inledning. Borgen i våra landskapslagar.	1.
II. Borgens plats i systemet Säkerhetsmedel i allmänhet. Borgens begrepp och natur	7.
III. De personer, som kunna ingå borgen. <i>Senatusconsultum Velleianum</i>	17.
IV. Borgenskontraktets form, särskildt efter romersk rätt. Tolkning	28.
V. Olika arter af borgen. Enkel och proprie. Funnos dessa i våra gamla lagar? <i>Beneficium excussionis</i>	34.
VI. Beskaffenheten och omfånget af borgensmannens ansvar.	49.
VII. I hvilka fall eger borgensman begagna sig af de invändningar, som stå gäldenären till buds?	58.
VIII. Rättsförhållandet mellan borgenären och flera löftesmän.	71.
IX. Borgensaftalets upplösning	77.
X. Löftesmans regressrätt till gäldenär och medlöftesmän.	86.

Förkortningar:

J. A. = Juridiskt Arkiv, utgifvet af C. Schmidt; N. T. = Tidsskrift för Lagstiftning, Lagskipning och Förvaltning, utgifven af Chr. Naumann; Lagk. = Lagkommitténs Förslag till Allmän Civillag, Stockholm 1826; Lagb. = Lagberedningens Förslag till Handelsbalk och Utsökningsbalk, Stockholm 1850; A. L. R. = Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten; CC = Code civil. — Citater ur Sveriges gamla lagar äro gjorda efter SCHLYTERS editioner.

I.

Det rättsinstitut, som kallas borgen ¹⁾, hade vid tiden för våra gamla lagars kodifikation, då samhällslifvet hos oss icke hunnit till någon mera betydande utveckling, ännu ej blifvit det mycket använda och verksamma kreditmedel, som det nu är; åtminstone är lagstiftningen i denna del ²⁾ mycket knapphändig, hvaraf man väl får draga den slutsatsen, att icke något mera allmänt känt behof i detta hänseende förefans. För ett annat ändamål deremot fann borgen vidsträckt användning i äldre tider. Detta sammanhänger på det när-

¹⁾ Fornsv. borghan, isl. borgan, tysk. Bürge, Bürgschaft.

²⁾ Den vanliga inledningen till hithörande stadganden är i de flesta lagarne: Borghar man pæninga fore annan, þa gjældi utt þet sama han borghat havir. Derefter följa merendels bestämmelser om bevisningen, ifall borgensmannen skulle alldeles neka till sin borgen, eller tvist uppkomma om beloppet deraf eller huruvida han "borghat man" eller "pæninga". Bevisningen i dessa hänseenden avvägragtes på det sedvanliga sättet genom ed och edgärdsmän, hvilkas antal vexlade i de olika lagarne. Se ÖGL. BygdaB. 39; UplL. KöpmB. 8; WestmL. I, ByggnB. 18, II, KöpmB. 11; MELL, KöpmB. 9; Kr. LL. KöpmB. 12. — Södermanna L. KöpmB. 9; Helsing L. KöpmB. 6, St. L. KöpmB. 8 vilja ha bevisning genom vittnen och närvarande personer; först i det fall att sådana icke varit tillstädes, inträdde den vanliga proceduren med eder och edgärdsmän, allt efter värdet af det föremål, hvarför borgen ingåts. SödermL. och HelsL., på anf. st., närma sig den nu gällande uppfattningen af borgen så till vida, som de göra borgensmannens betalningsskyldighet beroende af hufvudgäldenärens förhållande; — gjalder æy pæn sum taker, þa gjaldi pæn sum burghadi.

maste med våra förfäders och i allmänhet de gamla germaniska folkens hela samhällsorganisation. Innan vi öfvergå till framställningen af borgens begrepp och väsen efter vår nu gällande rätt, skola vi därför i korthet redogöra för dess betydelse i våra gamla lagar.

Man kan med skäl säga, att i äldsta tider rådde hos oss en ständigt fejd mellan särskilda ätter inbördes³⁾. Denna berodde hufvudsakligen på den starkt utpreglade solidaritetskänsla, som med sin rot i *familjen*, först utbredde sig till den på blodförvandtskap grundade *ätten* och slutligen sträckte sina verkningar till dess större förgrening, *häradet*. I följd deraf var det en helig pligt för de efterlevande att hämnas en dräpt ättemans död på dråparen och hans ättemän, och man finner lätt, att den ena fejden sålunda skulle komma att draga den andra med sig. Med sedernas förmildring ändrade sig småningom detta förhållande så, att hvarje ätt *ansvarade* för de af dess medlemmar begångna brott, och vid sådana förbrytelser, som med böter kunde försonas, var ätten pliktig att jemte gerningsmannen böta och så att säga köpa sig frid. Sedan ätterna vunnit en högre enhet i häradet, utöfvade hufvuderna på häradstingen den vård öfver samfundets inre och yttre frid, som fått namn af *fridsgaranti* och hvars egentliga ändamål var att åt sjelfhämnden, som i och för sig ansågs fullt berättigad, gifva laglig begränsning. Fridsförbundet uppträdde sålunda såsom förmedlande domstol, pröfvade den förörrättades såväl som den anklagades skäl och gaf, om brott och gerningsman blifvit konstaterade, tillstånd till hämnden genom att ställa den brottslige utanför lagen. Den förörrättades anspråk på försoning var så oeftergifligt, att om gerningsmannen ej kunde upptäckas, fridsförbundet i hans ställe måste erlägga böter. Det var således nödvändigt för den enskilde att stå under skydd af ett sådant fridsförbund. Först då kunde han vänta, att hans lif och egendom skulle respek-

³⁾ Se NORDSTRÖM, *Bidrag till sv. samhällsförfattningens historia*, II, s. 385 o. ff.

teras, ty såsom menniska eller individ betydde han ännu föga ⁴⁾). Men å andra sidan måste rättssamfundet, som ytterst ansvarade för sina medlemmars frid, hos dessa hafva vissa garantier för de anspråk på upprättelse och försoning, hvartill af dem begångna förbrytelser kunde föranleda. Odalmännen, de bofaste, "männen för sig," lemnade en sådan garanti genom sin jordegendom, hvilken, såsom en författare ⁵⁾ yttrar, så att säga följer med sin innehafvare öfverallt, är med honom närvarande i folkförsamlingarne och på tingen och synes liksom vara en hans osynliga klädnad, en tanke, hvarpå det i germaniska rättskällor förekommande uttrycket, *investitur*, vid öfverlåtande af jordegendom, äfven syftar. Såsom säkerhet för sin förbindelse att infinna sig vid tingen eller att erlägga de böter, hvartill han kunde dömas, behöfde en bofast man endast hänvisa till sin inom häradet liggande jordegendom ⁶⁾). Det offentliga i denna handling såväl som i sjelfva naturen af en jordbesittning gjorde det nästan omöjligt för honom att vidtaga sådana åtgärder, som kunde försvaga den gifna säkerheten. Vi hafva således här ett slags på jordegendom grundad *tyst* eller *legal* borgen. Den besutne familjefadern ansvarade äfven det allmänna för följderne af de förbrytelser, som begingos af medlemmar af hans familj, äfven myndige söner, innan de emanciperats ur fadersväldet. Detta ansvar var ett annat slag af *tyst* borgen, som i motsats till det nyssnämnda, af jordbesittning härledda, grundade sig på familjförhållanden och derföre kan sägas vara af mera *personlig* natur.

⁴⁾ Härmed jemföre man den romerska privaträttens framhållande af den enskilda personen såsom sjelfständigt, för sig bestående rättssubjekt.

⁵⁾ PLATNER, *Die Bürgschaft. Eine germanistische Abhandlung*, s. 2.

⁶⁾ Wisby Stadslag II, 10 stadgar uttryckligen, att den som egde fastighet så mycket värd som det, hvarför han söktes, ej behöfde ställa annan borgen; likaledes, att den som gick i borgen för annan person, måste hafva egen fastighet. I WestmL. I, þingB. 6 och II, þingmB. 12: 2. föreskrifves, att bofast man, som ville resa bort och gafs sak, blott behöfde gå ed, och sedan fick resa obehindradt.

Redan af det anförda torde framgå, att deremot lösker man, "löskir maþer", som ingenstädes var bofast, icke i sig sjelf, i sina personliga eller förmögenhetsförhållanden ⁷⁾ erbjöd någon garanti för uppfyllandet af de förpligtelser i processuellt hänseende, som begångna brott ådragit honom gentemot måls-eganden och samhället. Vid sådana brott, som med böter kunde försonas, då bofast man, såsom vi sett, genom sin egen ställning i samhället lemnade tillräcklig säkerhet för böternas ⁸⁾ erläggande, hade man ingen annan utväg än att gripa och fängsla lösker man, så att han åtminstone med kroppen skulle få böta för sina förbrytelser ⁹⁾. Men då den egentliga orsaken till denna hans mindre förmånliga ställning var fruktan för, att målseganden och samhället skulle gå miste om böterna, kunde han få förblifva på fri fot, om en bofast man med känd förmögenhet ¹⁾ för honom gick i borgen. Han fick derföre tid och tillfälle, på sätt i lagarne ²⁾ närmare stadgas, att söka sig en inom rättssamfundet bosatt, fullt vederhäftig borgensman, som antingen borgade för böterna ³⁾, i

⁷⁾ Såsom löskir maþer ansågs just den, som ej egde tre markers förmögenhet, och såsom Landslagen säger, "orkar eigh fullæ both uppehalda."

⁸⁾ Var brottet så groft, att det ej med böter lät sig försonas, kunde äfven bofast man fängslas.

⁹⁾ Det heter derföre i HelsL.: Löskæ mæn ma man fanga fore bruth sin, bolfasta mæn skal man laghtinga.

¹⁾ Se i afseende härpå det i not. 6 sid. 3 ur Wisby Stadslag anförda stället.

²⁾ Här om innehålla de gamla lagarne noggranna föreskrifter. Vi anförä såsom exempel Bjerköarätten 11: 7: Witis manni sak, swa mykin, at han þorþ borghandæ man wiþr, leðhis iwiþ þry stræti i stadhinum, far han eighi æn þa borghan for sik mez foghotans oc radhmannæ lowi oc godhwiliæ, sæthis þa han i bysins jarn, och ur WestmL. I, þingB. 6: Brytir han ængti hawir, uthan þat se drapp, þa ma Lænsman han taka och bedaz firi han borghan i fyrstu by, i andrum oc i þridia, far æi, þa ma han i jarn oc hæptu setia. — Se vidare SödermL. ManhB. 13, 14; Wisby Stadslag II, 10; SkåneL. I, 132, 150, der ordet tak, och 182, der ordet wartnath förekomma i betydelsen borgen.

³⁾ Sedan parterna öfverenskommit om böternas belopp och borgen för dem blifvit stäld, var saken så till vida uppgjord, att om målseganden det oaktadt hämnades på gerningsmannen, han ansågs

hvilket fall han vid bristande tillgång hos gerningsmannen fick erlägga dessa, eller ock endast ansvarade för, att den anklagade skulle behörigen inställa sig på tinget på utsatt dag. Gjorde han det, var borgensmannen fri, och målseganden blef satt i tillfälle att antingen träffa aftal om böter eller utkräfva hämnd. Infann sig åter icke den anklagade, så blef följden den, att borgensmannen måste erlägga de böter, hvar-till den brottslige kunde kännas skyldig ⁴⁾. Detta senare slag af borgen förekom under denna period äfven vid civila rättsförhållanden ⁵⁾ och har sedan öfvergått till 1734 års lag.

hafva brutit konungens edsöre. Detta kallas i Götalagarne att "hæmnas æpte böter fæsta" och var väl (Se SCHLYTER, *Jur. Afh.* s. 100) det-samma som i Svealagarne heter: hæmnas a grudh oc gjöra sæt. Se WGL. II. Addit. 7: 9, 10; ÖGL. EdsB. 2: pr., 1. Dessa stadganden hafva upptagits i Landslagarnes och Stadslagens edsörebalkar (MELL. EdsB. 12, KrLL. 10, StL. 9).

⁴⁾ Sådan borgen kallas i de gamla lagarne "borga man," (i Skånelagen I, 147, fa manni tak till þings, "*ut judicio se sistet*"). Aer man borghader, anvarþi han fran sic oc vari saclös eller gjaldi ut mansins sac, þær han borghat hafdi fri. SödermL. KmB. 9; — — — gjaldi þen gjaldi ællr oc mancins sak. UpL. KmB. 8, WestmL. II, KmB. 11; — — — þa gældi þen gæld eller oc mancins sak, sum borghat hawer, MELL. KmB. 9; KrLL. KmB. 12; — — — lati han fore komma oc vari saclös, komber han sig, swari fore sac hans, StL. KmB. 8; uti dessa nu anförda lagrum syftar uttrycket gjælda gjældi naturligtvis på civila borgensförbindelser. Orden gjælda mancins sak ha visserligen afseende på kriminalmål, men man kan icke, såsom det likväl skett, tolka dem så, som skulle borgensmannen komma att lida samma kroppsstraff, som den brottslige sjelf bort undergå. För en sådan tolkning har man anført dels ett stadgande i StL. RådstB. 20: rymer then undan, som borghadis fore, swari then som borghadi, hwat thet är pæninga æller *annur sak*, dels ett K. Bref till K. Rådet N. N. af den 8 Febr. 1695, (anfördt hos SCHMEDEMAN), hvori det heter, att kautionisten skulle skaffa våldsverkaren till rätta "eller ock vara förtänt at undergå thet straff, som banemannen kan pröfvas hafva förskyllt för slikt groft begångit brott". Emot denna tolkning invändes, såsom redan NEHRMAN, (*Inl. till Jurisprud. Civ.*, s. 352) gjort, att ofvanstående lagrum i Stadslagen handlar om bysättning och således endast afser civilmål. Det anförda K. Brevet härrör från Carl den elftes envåldsperiod och kan dessutom, såsom alldeles enstaka, ej göra någon allmän regel.

⁵⁾ Rättsreglerna för den kriminella och civila processen företedde i äldsta tider ingen väsendtlig åtskilnad. NORDSTRÖM, *anf. st.* s. 571.

Af föregående framställning finna vi, att borgensinstitutet i äldre tider var af genomgripande vikt, enär det, fattadt i ofvan anförda vidsträckta betydelse, kan sägas hafva beredt utväg för hvarje samhällsmedlem att få människans förnämsta rättigheter, lif, ära, egendom, respekterade och, om de kränktes, återupprättade. Fridsgarantien var en allas borgen för alla. Dessutom har detta institut utan tvifvel mäktigt bidragit till likhet inför lagen, just genom att förhjelpa äfven den fattigaste att i likhet med den burgne få behålla personlig frihet vid tillfällen, då han dessförutan skulle ha förlorat den. Äfven på bevisningen öfvade borgen stort inflytande derutinnan, att edgärdsmännen, detta för alla de gamla germaniska folken så karakteristiska bevismedel, egentligen ej voro annat än ett slags borgensmän. "Edgärdsmännen gå i borgen för en tilltalads föregående, andra borgensmän för hans framtida beteende" ⁶⁾).

Den i de gamla lagarne omförmälda borgen hade således hufvudsakligen betydelse i socialt och processuellt hänseende. Den borgen, som i våra dagar är så vanlig och hvars grunddrag vi här ärna framställa, är deremot af synnerlig vikt i nationalekonomiskt afseende, såsom ett af de förnämsta hjälpmedel, krediten använder i produktionens tjenst. Krediten sätter människan i stånd att vidga sin verksamhetssfer utöfver det område, som den egna förmögenheten bestämmer. Tack vare krediten kunna lediga kapital genom lån öfverflyttas till produktionsgrenar, der de finna fördelaktig användning. Man plägar skilja mellan två slag af kredit, realkredit, stödd på panträtt, och personlig kredit, som ytterst hvilat på en fördelaktig tanke om låntagarens person ⁷⁾). Med denna sistnämnda, mera ideella säkerhet, som onekligen utvisar förtroendet i dess högsta form, låta dock endast få långifvare sig nöja. Allt eftersom lifligheten och omsättningen på alla produktionsområden ökas, i samma mån måste det

⁶⁾ PLATNER, anf. st. s. 47.

⁷⁾ ROSCHER, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 1873, s. 179.

ligga i såväl långifvares som låntagares intresse, att den säkerhet, som lemnas för rättigheten att begagna ett ledigt kapital, blir god och otvifvelaktig. Ett naturligt sätt att uppnå detta mål är nu, utom förpantning, ja till och med jemte denna, att en eller flera personer, tillsammans med låntagaren, ikläda sig ansvar för, att kapitalet behörigen återställes till sin egare, sedan det hos låntagaren-producenten slutat sin funktion. Sålunda blifva kapitalen spridda på långt flera händer än eljest skulle vara möjligt, medan på samma gång utsigterna till lånets rigtiga återgäldande blifva större, när långifvaren kan hålla sig till flera personer därför ⁸⁾. Borgensinstitutets stora betydelse för krediten och derigenom för produktionen i allmänhet är härmed gifven, och vi öfvergå nu till framställningen af detta rättsinstituts *begrepp* och *natur*.

II.

Först böra vi dock nämna något om den plats i rätts-systemet, som åt borgen plägar anvisas. Borgen är ett obligatoriskt aftal, ett kontrakt. Författarne inom obligations-rätten hafva på olika sätt sökt indela kontrakterna. Somliga taga till indelningsgrund kontraktets form eller sättet för dess afslutande ⁹⁾, andra åter det förhållande, att i vissa kontrakter båda, i andra endast den ene kontrahenten blir berättigad ¹⁾. Dessa indelningar äro någorlunda tillfredsställande.

⁸⁾ GAD, *Det allmänna väståndets natur och orsaker*, s. 166.

⁹⁾ Konsensualkontrakt, realkontr. och formalkontr. Denna indelning iakttages t. ex. af MACKELDEY, *Lehrbuch des römischen Rechts*, (1862), II s. 150.

¹⁾ Ensidiga och tvåsidiga kontrakt. Denna skilnad är af vikt i romerska rätten. I de tvåsidiga kunde båda kontrahenterna genom en *actio directa* yrka kontraktets fullgörande. I de ensidiga hade visserligen den ene såsom hufvudsakligen berättigad en *actio directa*, men den andre kunde dock stundom på grund af vissa omständigheter få en *contraria actio*. PUCHTA, *Pandekten*, (1863) följer denna indelning.

Deremot har det icke lyckats att på kontrakternas egen beskaffenhet eller materiella innehåll bygga en fullt riktig och uttömmande indelning, ehuru denna indelningsgrund i och för sig vore att föredraga framför de förstnämnda ²⁾). Det torde icke heller kunna göras, ty kontrakterna äro icke annat än en rad *faktiskt* förhandenvarande rättsliga företeelser ³⁾). Dessa företeelser hafva sin grund i det menskliga lifvets oändligt vexlande behof och intressen, hvarföre nya obligatoriska förhållanden med olika skiftningar alltjemnt väckas till lif. Många författare ⁴⁾ hafva också uppgifvit detta indelningssätt, nöjande sig med en på yttre grunder byggd uppställning af de viktigaste, i handel ochandel oftast förekommande kontrakterna. Deruti äro dock de fleste civilister ⁵⁾ ense, att de skilja de enskilda kontrakterna i två stora grupper, de *sjelfständiga*, *principala*, "hufvudaftal", som bestå i och genom sig sjelfva samt äro sitt eget ändamål, och de *accessoriska*, "bifftal", som endast gå ut på att betrygga och gifva ökad säkerhet åt ett annat rättsförhållande och derföre ej kunna uppkomma utan detta. Till den senare gruppen hör borgenskontraktet.

Ordet *borgen*, liksom *kaution*, tages ofta i så vidsträckt bemärkelse, att dermed åsyftas alla slags medel att ställa säkerhet för uppfyllandet af en förpligtelse eller riktigheten af ett faktiskt förhållande. I denna betydelse höra dit både reala och personliga säkerhetsmedel, den säkerhet, som den

²⁾ Se i detta afseende GRAM, *Den danske Formueret*, II, II, s. 3—5, HALLAGER, *Norsk obligationsret*, I, s. 170—172, ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, (1868) s. 463. Den af SCHREVELIUS, *Lärobok i Civilrätt*, II, s. 369 begagnade indelningen företer den egendomligheten, att tredje *membrum divisionis* utgöres af "Andra aftal, som icke kunna hänföras till föregående klasser." Dessa hafva sålunda intet annat med hvarandra gemensamt än den negativa egenskapen att ej kunna subsumeras under de andra kategorierna.

³⁾ WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*, (1873) II, s. 338, not. 1.

⁴⁾ HALLAGER, GRAM, delvis WINDSCHEID, GERBER, *System des deutschen Privatrechts*, (1867) m. fl.

⁵⁾ Så, utom de sistnämnda, ARNDTS, *anf. st.*, BORNEMANN, *Syst. Darstellung des preussischen Civilrechts*, (1843).

förpligtade sjelf ställer och den, som en främmande person åtager sig. Till de reala säkerhetsmedlen, hvilkas väsen består deri, att den berättigade, kreditor, för sin säkerhet omedelbart kan hålla sig till en sak, hänföras pantsättning, "*cautio pignoratitia*", deposition, m. fl. Denna säkerhet lemnas gemenligen af den förpligtade sjelf, men kan äfven af tredje man ställas, såsom härnedan skall visas. De personliga säkerhetsmedlen gifva deremot kreditor endast en personlig talan mot den, som lemnat säkerheten. Äfven sådan personlig säkerhet kan lemnas antingen af den förpligtade sjelf eller af en för rättsförhållandet främmande person. Bland de af debitor sjelf gifna säkerhetsmedlen nämna vi aftal om vite, *pænæ stipulatio*, hvari den förpligtade förbinder sig, att om den i fråga varande obligationen ej behörigen uppfylles, erlägga en viss summa, *pæna conventionalis*. Man har till detta slag af kationer velat räkna äfven debtors skriftliga löfte och edliga försäkran, "*cautio juratoria*". Att likväl derigenom ej någon ökad säkerhet i juridisk mening vinnes, ligger i öppen dag. Ställes åter sådan säkerhet derigenom, att en tredje person inträder i obligationen, utan att den förutvarande debitorn befrias från sin förbindelse, uppkommer det rättsförhållande, som i systemerna kallas *kumulativ intercession*. Intercession⁶⁾ i allmänhet, eller öfvertagande af en främmande förbindelse, är af två slag, privativ och kumulativ. Privativ intercession eger rum, när en person öfvertager en obligation i stället för den förut förpligtade, så att denne blir alldeles befriad från kreditors anspråk. Af denna art af intercession förekomma inom romerska rätten flera slag; i den

⁶⁾ I romerska rättens källor förekommer icke någon egentlig bestämning af intercessionens begrepp. Det låter dock härleda sig derur. Grunden till att en noggrann definition är behöffig, är den stränghet, hvarmed källorna yrka, att det bekanta *SC. Velleianum* endast på verkliga intercessionsfall skall tillämpas. I användbarheten eller icke-användbarheten af *SC. Vell.* har man således ett kriterium på, huruvida en verklig intercession föreligger eller ej. Se v. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, (1863) III, s. 142.

svenska omnämnas af författare⁷⁾ endast *expromission*. Då den privativa intercessionen icke med nödvändighet medför en ökad säkerhet för hufvudförpligtelsens uppfyllande, kunna vi här förbigå densamma och vända oss till den kumulativa, hvilken, såsom förut är anmärkt, städse är egnad att bereda ytterligare säkerhet, enär intercedenten kan jemte förutvarande debitorn af kreditor tagas i anspråk för obligationens uppfyllande. Kumulativa intercessioner äro⁸⁾

a) ställande af pant för annans förbindelse. Denna intercession hör till de förut omtalade reala säkerhetsmedlen och bedömes efter de regler, som gälla om förpantning i allmänhet;

b) principal samförpligtelse och

c) accessorisk samförpligtelse eller borgen i inskränkt betydelse⁹⁾. Båda de sistnämnda skilja sig från förpantning för annans skuld genom sin obligatoriska karakter; de medgifva kreditor blott en personlig talan mot intercedenten. Skilnaden dem emellan inbördes ligger hufvudsakligen i den form, hvori de framträda. Icke hvarje principal samförpligtelse¹⁾ är en kumulativ intercession. Intercession förutsätter inträdande i en *främmande*²⁾, intercedenten icke materiellt vidkommande förbindelse. Om, för att taga ett exempel, två personer *in solidum* förpligta sig att återbetala en erhållen försträckning, så föreligger en kumulativ intercession af den ene gäldenären i det fall, att försträckningen verkligen kommit endast den andre till godo, öfvergått i hans förmögenhet, medan intercedenten deraf ej haft någon materiel nytta. Har deremot försträckningen kommit båda gäldenärerna till godo, så att de på ett eller annat sätt delat beloppet sinsemellan,

⁷⁾ NEHRMANN, anf. st. s. 353, SCHREVELIUS anf. st. s. 449.

⁸⁾ Se ARNDTS, anf. st. s. 573, PUCHTA, anf. st. s. 596, v. VANGEROW, anf. st. s. 147.

⁹⁾ Härefter tages ordet *borgen* alltid i denna mening, om ej annat uttryckligen säges.

¹⁾ Vi bruka detta ord i den betydelsen, att hvar och en af de tillsammans förpligtade *kan* sökas för hela skulden (*in solidum*).

²⁾ L. 2. §. 5. D. 16. 1., l. 8. §. 1. eod., l. 15., l. 17. pr. eod., m. fl. st.

så förefinnes väl en principal samförpligtelse, men icke någon intercession. Detta förhållande, — att den obligation, hvari intercedenten inträder, är en för honom materiellt främmande, — är intercessionens materiella sida, hvilken ingen intercession kan sakna. Den formella sidan åter, eller *det uttryckliga framhåfvandet deraf gentemot kreditor*, kan deremot vara borta, utan att rättsärendet förlorar egenskapen af intercession. Deruti ligger ock skilnaden mellan den principala och den accessoriska samförpligtelsen. Saknas uti intercessionen detta formella element, det tydliga framhållandet för kreditor, att det gäller en främmande obligation, så är intercessionen principal samförpligtelse; finnes det, föreligger accessorisk samförpligtelse eller borgen.

Vi kunna nu, med hänvisning till den föregående framställningen, bestämma borgen såsom *en kumulativ intercession, hvarigenom, till säkerhet för förverkligandet af ett obligationsförhållande mellan en kreditor och en debitor, en tredje person gentemot kreditor åtager sig att uppfylla den förbindelse, som åligger debitor, såvida denne icke själf gör det*³⁾. Af denna definition följer, att det är mellan borgensmannen⁴⁾ och kreditor i hufvudobligationen, som borgensaftalet ingås. Då kontraktets ändamål är att bereda kreditor säkerhet, är

³⁾ Den af SCHREVELIUS, anf. st. s. 664, i hufvudsaklig öfverensstämmelse med Lagk., gifna definition — med borgen förstås ett kontrakt, hvarigenom en person åtager sig en obligation för en annan, dock så, att denne icke derigenom befrias från sin skuld — är allt för rymlig och obestämd. Intet synes hindra att derunder hänföra såväl ställande af pant för annans gäld som den rent materiella intercession, som kan ske genom principal samförpligtelse. Ej heller framhålles deri, att borgen är ett kontrakt mellan kreditor i ett obligatoriskt förhållande och en tredje person. Definitionen synes snarare antyda, att de kontraherande äro debitor och en tredje person.

⁴⁾ 1734 års lag, som, 10: 8 HB, använder ordet *löfte* för borgen, kallar intercedenten *löftesman*, men med stöd af Lagk. och Lagb. samt ett allmänt språkbruk komma vi att omvexlande med *löftesman* begagna ordet *borgensman*. I afseende på terminologien i öfrigt böra vi kanske nämna, att debitorn i den obligation, som genom borgen skall betryggas, kallas *hufvuddebitor*, *hufvudgäldenär* eller blott *debitor*, *gäldenär*.

det ock nödvändigt, att borgensmannen just med honom ingår det förbindande aftalet, förpligtar sig mot honom. Ty derigenom att en person åtager sig att gå i borgen för en annan, uppstår på sin höjd ett obligatoriskt förhållande mellan dem. Någon borgensmannens förpligtelse mot kreditor kan ej uppkomma deraf. — Af hvad natur det obligatoriska förhållandet mellan hufvuddebitor och borgensmannen är, om öfverhufvud ett sådant existerar, få vi härnedan, vid fråga om borgensmannens regress, tillfälle att närmare utveckla.

Den accessoriska karakteren hos borgen är, såsom det nämndes, en för densamma väsendtlig bestämning. Af accessorieteten kunna vi draga följande viktiga slutsatser, som tillika utveckla och belysa den gifna definitionen:

1) Borgen förutsätter med nödvändighet den rättsliga *tillvaron af en hufvudförbindelse*, som den har till ändamål att garantera. Finnes icke ett sådant hufvudrättsförhållande, kan icke heller borgen uppstå. Beträffande arten af de förbindelser, som genom borgen kunna försäkras, talar vår lag i Handelsbalkens 10 Kap. närmast om *gäld*, hvarmed vi väl få förstå ej allenast förbindelsen att återbetala en erhållen försträckning, utan äfven de förpligtelser, som till följe af andra aftal åligga en person. Dessa kunna bestå antingen uti ett *dare*, — erläggande af en viss summa penningar eller andra fungibla ting, eller anskaffandet af vissa individuellt bestämda ting, — eller ock uti ett *facere* — utförandet af ett visst arbete eller företagandet af en viss handling. Af senare slaget är den i 10: 12 HB. förekommande borgen, då någon ansvarar för en persons rigtiga inställelse på behörig tid och ort. Att denna borgen i äldre tider haft vidsträckt användning i både civila och kriminella mål, är redan anfördt; ännu i 1734 års lags Straffbalk 1: 2 tillåtes det, för undvikande af häktning, att ställa borgen i sådana fall, der brottet kunde försonas med böter. Genom promulgationslagen till 1864 års Strafflag är det dock numera bestämdt, att person, som misstänkes hafva begått brott af viss beskaffenhet, *skall* häktas; är brottet deremot icke af beskaffen-

het att i ett konkret fall ⁵⁾ medföra häktning, skall den misstänkte på fri fot lemnas, utan att i någotdera fallet hänsyn tages till om han kan ställa borgen för sig eller ej. I kriminalmål är således personlig borgen efter nu gällande lag hos oss utesluten. I civila mål kvarstår den visserligen ännu i lagen, men nyttjas öfverhufvud föga.

Redan af den allmänna kontraktsläran följer, att den förbindelse, som genom borgen skall försäkras, icke får innehålla något, som är osedligt, eller fysiskt eller juridiskt omöjligt. Föröfrigt behöfver den ej nödvändigt vara af beskaffenhet att medföra civil talan; under vissa förutsättningar kan äfven en s. k. *obligatio naturalis* förstärkas genom borgen. Hufvudförbindelsen kan mycket väl afse en tillkommande prestation eller vara fästad vid uppfyllandet af ett vilkor. Den bör dock, för att kunna på rättslig väg realiseras, vara af ett ekonomiskt intresse, som låter sig i penningar värderas ⁶⁾. Så är i sjelfva verket äfven förhållandet med personlig borgen, såsom vi längre fram skola visa. — För öfrigt torde vi vara berättigade att utsträcka borgens användbarhet äfven till de förbindelser, som uppkomma i följd af tillfogad skada eller grunda sig på andra juridiska fakta. De borgensförbindelser, som ingås för annans, genom aftal, särskildt försträkningsaftal, åtagna förpligtelser, äro emellertid af den öfvervägande vikt, att vi hufvudsakligen komma att sysselsätta oss med dem.

2) I regeln måste borgen vara rigtad på *samma* prestation som hufvudobligationen. Om likväl borgen går ut på något annat, "*fidejussio in aliam rem*", så bör den icke derföre med nödvändighet anses ogiltig. Vissa förbindelser, såsom de, hvilka hafva till föremål ett arbete af rent personlig natur, kunna omöjligt uppfyllas af någon annan än

⁵⁾ I stadgandet, att den som misstänkes at ha begått brott, hvarå straffarbete, under två år, efter lag följa kan, skall på fri fot lemnas, "om han hafver — — — fast egendom," — — — spåra vi en kvarlefva af de bofaste männens urgamla företrädesrättigheter, liksom föreskriften, att okänd person må, på misstanke äfven om ringare brott, i häkte tagas, erinrar om äldre tidens lagstiftning för "löska män."

⁶⁾ Så äfven ALR. I, 14, § 249; CC. art. 2012.

hufvuddebitorn. En borgen för en sådan obligation upplöser sig därför helt naturligt i skyldigheten att ersätta prestationens värde eller den skada, som kreditor genom hufvudobligationens icke-uppfyllande lidit ¹⁾. Vi ha således här en *fidejussio in aliam rem*, som, antingen den vid borgens ingående var förutsedd eller ej, sedermera vid dess infriande visar sig vara en nödvändighet. Men äfven vid en obligation, hvars bokstafliga uppfyllande för borgensmannen varit möjligt, behöfver icke en borgen *in aliam rem* anses som en nulitet. I likhet med GIRTANNER ²⁾ anse vi oss, äfven för svensk rätt, kunna tolka en dylik borgen så, att kontrahenternas ³⁾ afsigt väl varit, att borgensmannen *närmast* skulle innestå för hufvudförbindelsens innehåll, men att tillika beträffande *betalningen* deraf den särskilda öfverenskommelsen får tänkas tillagd, att det skulle stå borgensmannen fritt att afbördas sig sin förbindelse genom en s. k. *datio in solutum*.

3) Borgen kan i allmänhet icke ingås *in duriores causam*, emedan detta skulle gå öfver dess ändamål, som blott är att trygga hufvudförpligtelsens uppfyllande ¹⁾. Med en borgen *in duriores causam* mena vi då icke allenast den, som afser en kvantitatift större prestation än hufvudförbindelsen omfattar, utan äfven den som ingåtts under i öfrigt hårdare villkor med afseende på betalningstid och ort m. m. ²⁾. Ehuru utan tvifvel denna regel är fullt riktig in abstracto, behöfva vi dock ingalunda i hvarje konkret fall förklara en dylik borgen för helt och hållet ogiltig. Ty utom det att, såsom i föregående fall, då borgensmannen förbinder sig till något *annat* än hufvudgäldenären, det kan blifva mycket svårt att afgöra, hvilkendera prestationen innehåller ett "*plus*",

¹⁾ Jmfr Lagk. HB. 7: 21, Lagb. HB. 7: 24.

²⁾ *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, s. 378.

³⁾ Vi mena här, som alltid, kreditor och borgensmannen.

⁴⁾ Så äfven A. L. R. I, 14, § 277; CC. art. 2013.

⁵⁾ Inst. III, 20. 5. — — — *nec plus in accessione esse potest quam in principali re. — — — non solum in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur. Plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.*

så synes man, med stöd af grundsatsen: *utile per inutile non vitatur*, vara berättigad att låta så stor del af borgensprestationen, som betäcker hufvudförbindelsen, hållas vid magt såsom borgen, medan det öfverskjutande, allt efter kontrahenternas vilja, antingen blir ogiltigt eller antager karakteren af ett annat rättsärende. Är hufvudförbindelsen en peningskuld till ett visst belopp, är det helt naturligt, att så bör tillgå; det öfverskjutande beloppet kan med lätthet borttagas, utan att någon rubbning i borgensförhållandet derigenom sker. Till jemförelse hänvisa vi till vår lags stadgande i 17 Kap. ÄrfdaBalken: Gifver någon (i testamente) mer än lag säger, varde då testamentet rättadt efter lagen och gälle i allt öfrigt. I utländska lagar, särskildt den franska, är detta förfarande uttryckligen föreskrifvet ³⁾.

Huruvida borgensförbindelsens öfverskjutande del blir alldeles kraftlös eller kan upprätthållas såsom gäfvä eller i annan form, är en *quæstio facti*, som beror af parternas afsigt ⁴⁾. Visar det sig, att hos borgensmannen *animus donandi* var för handen och att fordringsegaren var derom medveten, så föreligger otvifvelaktigt ett sammansatt rättsförhållande af borgen och gäfvä. I allmänhet torde dock presumptionen vara deremot, just på grund af den mindre vanliga formen för gäfvan. — Har någon förpligtat sig under hårdare vilkor än hufvudgäldenären utfäst, med afseende på betalningstid eller ort, hvilket naturligtvis måste uttryckligen angifvas, så synes ett sådant aftal innefatta en giltig borgen, då det onekligen har till föremål hufvudförbindelsens uppfyllande, fastän särskilda bestämmelser blifvit träffade med afseende på *sättet* för betalningen, derest sådan skulle ifrågakomma. Vi finna

³⁾ CC. art. 2013 stadgar i detta afseende: Le cautionnement qui excède la dette — — — n'est point nul; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

⁴⁾ WINDSCHEID, anf. st. s. 737 säger, att den som för en skuld af 100 går i borgen för 150, verkligen går i borgen endast för 100, men lofvar fordringsegaren 50 i ersättning för den genom gäldenärens försummelse uppkomna skada.

ej heller något hinder för att efter vår lag kunna betrakta en ovilkorligt affattad borgen för en vilkorlig skuld såsom fullt giltig. Den kan nemligen ej rimligtvis tolkas annorlunda än att borgensmannen ansvarar för, att gäldenären, om villkoret inträffar, fullgör sin förbindelse. Inträffar det icke, finnes ingen hufvudförbindelse och borgensmannen är i följd deraf fri ⁵⁾. Det är vidare klart, att en borgen icke är ogiltig derföre, att borgensmannen ställt större säkerhet för uppfyllandet af den honom åliggande förbindelsen än hufvudgäldenären lemnat för sin ⁶⁾, såsom då borgensmannen gifver pant eller borgen för sig, eller förbinder sig till erläggande af ett vite, när hufvudgäldenären endast är personligt förpligtad. — I allmänhet kan väl påstås, att fordran på likhet så i qualitativt som i kvantitativt hänseende mellan borgensmannens åtagande och hufvudgäldenärens förbindelse är en reminiscens från den romerska rättens *fidejussio*, hvars stipulationsform och i öfrigt strängt formella natur kräde en absolut identitet mellan den accessoriska och hufvudförbindelsen. I vår svenska rätt deremot, der iakttagandet af en sådan form icke är föreskrifvet och der grundsatsen: förord bryter lag, sedan länge är häfdvunnen, måste man tillerkänna paciscenter all den rätt i afseende på kontraktets modaliteter, som är förenlig med rättsförhållandets natur, så vida ej lagen själf begränsar denna rättighet. Är intet annat uttryckligen öfverenskommet, så gälla naturligtvis ofvannämnda regler, att borgensmannens ansvar går ut på en förpligtelse af samma art och omfång som hufvudgäldenärens. Likväl skola vi, vid den närmare framställningen af borgensmannens ansvar, se, att äfven i sistnämnda händelse en borgensman kan komma att betala mera än hufvudgäldenärens *ursprungliga* obligation omfattade.

⁵⁾ Denna åsigt är äfven i praxis uttalad. Se rättsfall i JA. I. s. 452; NT. X. 63.

⁶⁾ Se A. L. R. I, 14. § 278; angående franska lagens stadganden i detta afseende, se ZACHARIÄ v. LINGENTHAL, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, (1875) s. 655.

Långt vanligare än nu anförda fall äro dock sådana, i hvilka borgensmannens förpligtelse är *mindre* eller *lindrigare* än hufvudmannens, *fidejussio in levio rem*. Sålunda kan borgensmannen ikläda sig ansvar för endast en del ⁷⁾ af den gäld, som hufvuddebitor skall betala; han kan betinga sig lindrigare betalningsvillkor med afseende på tid och ort, m. m.; han kan ikläda sig ett vilkorligt ansvar för en ovilkorlig gäld. Det vanligaste hithörande fallet är det, då gäldenären lemnar ett in-tecknadt skuldebref eller ett till strängare exekution berättigande papper, och borgensmannen blott personligt förpligtar sig mot fordringsegaren. En sådan *in levio rem causam* ingången borgen erkändes såsom giltig till och med vid den romerska *fidejussio* ⁸⁾, och den är i franska civillagen uttryckligen tillstadd ⁹⁾.

4) Såsom en följd af borgens accessoriska natur anmärka vi till slut, att borgensförbindelsen i allmänhet *upphör*, när hufvudförbindelsen upphäfves ¹⁾, emedan det ändamål, som med borgen åsyftades, nemligen hufvudförbindelsens betryggande, då antingen redan är uppnådt eller icke mera kan uppnås. Vi återkomma dock till denna punkt.

III.

I fråga om de personer, som med förbindande verkan kunna ingå ett borgensaf-tal, gälla öfver hufvud de regler, som i den allmänna kontraktsläran uppställas för paciscen-ternas beskaffenhet. Dem kunna vi derföre här förbigå. Men lagstiftaren har alltid ansett borgen vara ett synnerligen far-

⁷⁾ Rättsfall: N. T. IV. 74.

⁸⁾ L. 8. § 7. D. 46. 1. — — *in levio rem causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fidejussor accipietur.*

⁹⁾ CC. art. 2013. Le cautionnement peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

¹⁾ I öfverensstämmelse med rättsreglen: *accessorium sequitur suum principale.*

ligt kontrakt och på den grund funnit sig föranlåten att för nämnda rättsinstitut i detta afseende meddela särskilda bestämmelser. Redan den gamla Helsingelagen yttrar ²⁾: pæn borghar opta i sorghir for annan borghær, och med säkerhet kan väl påstås, att den som går i borgen för annan, sällan har någon fördel deraf, men fastmera ofta får vidkännas förluster, som icke ens på förhand låta beräkna sig. Det hör dock ingalunda till detta aftals väsen, att borgensmannen utan ersättning för sin risk skall ikläda sig borgensansvar. En sådan ersättning kan mycket väl betingas utan att aftalets natur derigenom förändras. Det vanliga är emellertid, att borgensmannen *titulo benefico* åtager sig sin förbindelse, och då i vår lag ³⁾ icke någon viss form i ändamål att försvåra dessa förbindelsers ingående föreskrifvits, har lagstiftaren genom uttryckligt förbud velat derifrån förhindra personer, som eljest lättast skulle kunnat förledas dertill. Sådana äro:

1) *omyndiga*. Ehuru efter allmänna obligationsrätten omyndiga icke kunna träffa några förbindande aftal, enär de ej äro *sui juris*, få vi likväl i den svenska rätten åt dem göra åtskilliga medgifvanden t. ex. i fråga om gods, som de sjelfva förvärfvat, m. m. Att ikläda sig en borgensförbindelse är dem emellertid under alla förhållanden förbjudet ⁴⁾ eller, hvad som blir detsamma, en omyndig löftesman kan ej lagligen tvingas att betala ⁵⁾. Detta förbud gäller icke mindre

²⁾ KöpmalaB. 6.

³⁾ Se i motsats häremot A. L. R. I, 14, § 221.

⁴⁾ 10: 13 HB.

⁵⁾ Detta bestyrkes ytterligare af K. F. den 7 Juni 1749 § 4, i hvad den rör omyndiga. Samma K. Förordning, i hvad den stadgar om obligationer m. m. utgifna i föräldrarnes lifstid och utan deras samtycke af sådana, som, fastän myndige, njuta underhåll af föräldrar och anhöriga, torde väl knappt kunna anses såsom tillämplig, ehuru den icke blifvit uttryckligen upphäfd. Rättsmedvetandet kan ej fördraga, att utaf sådana personer utgifna borgens- eller andra förbindelser icke skulle ega full kraft till betalning, helst det ofta är svårt att veta, om dylikt understöd åtnjutes eller ej. Äfven de som innehafva embeten och tjänster kunna njuta underhåll af anhöriga. "Lagstiftaren bör", såsom Lagk. yttrar, "ej låta helgden af kontrakter bero

den till myndighetsåldern komne, som af en eller annan anledning blifvit omyndig förklarad, än den som ännu ej uppnått myndiga år. En af omyndig ingången borgen blir lika litet giltig genom förmyndarens sedermera tillkomna samtycke, som det får antagas att förmyndaren kan genom en i myndlingens namn och på hans vägnar ingången borgen ådraga den senare några förbindelser. Vidare ogillar vår lag ⁶⁾ borgen ingången af

2) *hustru*, utan mannens ja och samtycke. Detta är egentligen blott en följd af det i allmänhet gällande förhållandet, att hustrun icke utan mannens samtycke har någon rätt att föryttra boets tillhörigheter. Ty borgen är, om än icke såsom förpantning "närmaste steget till salu", likväl alltid af den natur, att den kan medföra en föryttring af löftesmannens egendom. Men då hustru i vissa utomordentliga fall är berättigad att afyttra af boets tillhörigheter äfven utan mannens samtycke, vore man benägen tro, att hon under liknande förhållanden äfven skulle med förbindande verkan kunna ikläda sig borgensförpligtelser. Mot lagens uttryckliga stadgande våga vi dock icke antaga detta. Dess kategoriska förbud hindrar, efter vår mening, hustru från att utan mannens samtycke ingå borgen, äfven i det fall att hon har enskild egendom, som är från mannens förvaltning undantagen, eller hon genom eget arbete kan något förvärfva. Då hon på grund af den senaste i detta ämne utgifna K. F. af den 11 Dec. 1874 kan till och med bortgifva sådan egendom, borde hon, tyckes det, inom gränserna för den enskilda egendomen kunna vidtaga en åtgärd, som endast potentiellt medför föryttring. Men häremot anför vi, dels att det belopp, som en borgensman vid hufvudgäldenärens bristande åt sin förbindelse kommer att utreda, ofta kan betydligt öfverskrida den ursprungliga summan, dels att det

på sådana tillfälliga och dolda omständigheter". Denna mening har ock i praxis blifvit uttalad. Se rättsfall i N. T. VIII. 7.

⁶⁾ Se not. 4. s. 18.

mången gång såväl för hustrun, som gått i borgen, som för fordringsegaren, är omöjligt att veta, huru stor hennes enskilda egendom vid tillfället är och om hon således verkligen hållit sig inom gränserna för densamma. En af hustru med mannens samtycke ingången borgen är deremot fullt giltig. För att gälla måste samtycket i allmänhet vara uttryckligt ⁷⁾; ett tyst samtycke torde i detta fall vara svårt att bevisa ⁸⁾. Bevisningsskyldigheten åligger fordringsegaren. Den gifta qvinna, som jemlikt K. F. d. 18 Juni 1864 drifver handel eller idkar annan handtering, får ej utan maunens samtycke ikläda sig förbindelser i allmänhet i och för rörelsen och således än mindre borgensförbindelser. Deremot tro vi det vara öfverensstämmande med grunderna för boskilnadsförordningen, att qvinna, som vunnit boskilnad, derefter kan utan mannens samtycke ingå rättsligt bindande borgensaftal ⁹⁾. Till slut nämna vi, ehuru det ej ligger inom den allmänna rättens område, att det är allmogen förbjudet att gå i borgen för uppbördsmän ¹⁾, hvarmed dock endast afses den uppbördsborgen, som af dem bör presteras ²⁾.

Kasta vi en blick på främmande lagstiftningars stadganden i afseende på personers förmåga att ingå rättsligt bindande borgensaftal, så finna vi, att de norska och danska lagarne öfverensstämma med den svenska i förbudet för hustrur och minderåriga att ingå borgen ³⁾. För gäld kunna enkor och myndiga qvinnor visserligen gå i borgen, men de kunna ej ingå den i dessa lagar tillättna kaution i kriminalsaker. Den preussiska landsrätten fordrar såsom vilkor för att kunna öfvertaga borgensförpligtelse förmåga att afsluta giltiga för-

⁷⁾ Så antages det åtminstone i praxis, jmf. rättsfall i N. T. XII, 34.

⁸⁾ Om hustru trädt i borgen för sin mans gäld, behöfver naturligtvis hans samtycke ej särskildt bevisas.

⁹⁾ Att vår lag (10: 13 HB.) tillåter enka att gå med sitt gods i borgen är blott en följd af den sjelfständiga ställning, som i 19: 3 ÅB. henne anvisas.

¹⁾ Se K. Brevet d. 20 Maj 1685.

²⁾ Se SCHREVELIUS, anf. st. s. 669. Jmf. K. Kung. d. 22 Mars 1786.

³⁾ Norske Lovs 1—21—9, 10, Danske Lovs 1—23—10, 12.

sträckningsaftal, samt gör undantag endast i så måtto för qvinnor, att enkör och ogifta skola af domaren upplysas om de rättsliga följderna af borgens öfvertagande samt förloppet dervid i sjelfva den skriftliga borgensurkunden upptagas. Om dessa föreskrifter icke iakttagas, blifver en qvinnas borgen utan rättslig verkan. För gifta qvinnors borgensförbindelser gälla särskilda bestämmelser⁴⁾. I Österrike gäller regeln, att främmande förbindelser kunna, utan hänsyn till intercedentens kön, af en hvar öfvertagas, som har fri förvaltning af sin förmögenhet⁵⁾. Franska lagen innehåller icke någon uttrycklig inskränkning af qvinnans rätt i detta afseende, hvadan det får anses vara henne tillåtet att ingå borgen, om hon eljest kan förpligta sig⁶⁾. Den romerska rätten innehåller i denna fråga mycket detaljerade föreskrifter i synnerhet hvad angår *qvinnas* förmåga att öfvertaga främmande förbindelser, och vi tillåta oss derföre att deråt egna en något utförligare framställning.

Genom *Senatusconsultum Velleianum*, som likväl, enligt sina egna ord, anförda af *ULPIANUS*⁷⁾ endast stadfäste en förut befintlig praxis, stadgades, att qvinnas för annan person gjorda intercession ej var för henne bindande. Sjelfva senatsbeslutet nämner visserligen endast två arter af intercession, borgen och upptagande af försträckning för annans räkning, såsom dem, till hvilka det närmast hänför sig, men den

⁴⁾ A. L. R. I, 14, §§ 219—226.

⁵⁾ Oesterr. Gezetzb. § 1349.

⁶⁾ *ZACHARIÆ v. LINGENTHAL*, anf. st. s. 657 yttrar: Wer sich verpflichtet kann, kann auch eine Bürgschaft übernehmen.

⁷⁾ L. 2 §. 1 D. 16: 1. Det är af följande lydelse: — — *Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor, Consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum, quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt, quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminæ, pertinet, tametsi videtur ante ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari Senatum recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.*

juridiska hermeneutiken ⁸⁾ har bragt det derhän, att senatsbeslutet numera allmänt anses hafva syftat äfven på öfriga slag af intercession. *SC^{um}. Vell.* var likväl tillämpligt blott under den förutsättning, som först af WINDSCHEID ⁹⁾ blifvit närmare angifven och formulerad, och som väl nu kan anses uttrycka den herskande meningen i denna sak ¹⁾). "Det vellejanska senatsbeslutets princip" eller egentliga tanke var den, att qvinna på grund af sin oerfarenhet i rättsliga ting skulle erhålla skydd emot rättshandlingar, hvilka hon derföre ansåg sig kunna tryggt företaga, att hon litade på, att den verkliga gäldenären, för hvars räkning hon intercederade, dock till slut sjelf skulle uppfylla sin förbindelse. Alla rättsärenden, som qvinnan i denna tro afslöt, men också endast sådana, föllo under senatsbeslutets bestämmelser. I öfverensstämmelse med denna "princip" uppställas följande villkor för att senatsbeslutet i hvarje särskildt fall skulle kunna lemna qvinnan afsedt skydd:

1:o att qvinnan *öfvertagit* en främmande förbindelse, d. v. s. att hon genom sin åtgärd försatt sig i det läge, att hon *måste* uppfylla en förbindelse, som ålåg en annan. Det faktiska uppfyllandet eller betalningen af en annans gäld var derföre icke intercession i senatsbeslutets mening, äfven om qvinnan måhända hyste förhoppning om att få ersättning för sitt utlägg. Ty det var ej denna förhoppning om att blifva hållen skadeslös för hvad hon måst utgifva, utan fastmera en förtröstan att alls icke behöfva betala, som var det afgörande momentet vid fråga om senatsbeslutets tillämplighet.

2:o att qvinnan skulle öfvertagit en *främmande* förbindelse, d. ä. en som icke allenast formelt utan äfven materielt var henne främmande. Den förbindelse, ur hvilken en regress mot henne sjelf kunde uppkomma, var således henne ej främmande i denna mening. När hon icke intercederade

⁸⁾ Se WINDSCHEID, anf. st. I, § 22 not. 2. Dessutom l. 8. § 4. D. h. t.

⁹⁾ I Arch. f. civ. Pr. XXXII. 12, s. 283 ff. *Ueber das Princip des SC. Vell.*

¹⁾ Se GIRTANNER, v. VANGEROW, i hufvudsak ARNDTS, på anf. st:n, m. fl.

i en annans, vare sig gäldenärens eller borgenärens, intresse, utan i sitt eget, *suum negotium gerebat*, kunde hon ej heller genom senatsbeslutet varda hulpen. Detta säga källorna uttryckligen, då det l. 13. pr. D. 16. 1. heter: *mulier non adiuvatur, cum prima quidem facie alienam, revera autem suam obligationem suscipiat*.

3:o att qvinnan skulle hafva öfvertagit den främmande förbindelsen *såsom en främmande*, d. ä. såsom en, den der borde uppfyllas af den egentlige gäldenären, icke af henne. Den qvinna, som öfvertagit den främmande förbindelsen, i afsigt att sjelf å sin sida uppfylla den, fick ej hjälp af senatsbeslutet. Om t. ex. en qvinna förpligtat sig att öfvertaga en förbindelse, mot det att hon hölls skadeslös genom en motsvarande prestation, var det tydligen hennes afsigt att sjelf fullgöra förbindelsen och senatsbeslutet egde ej tillämpning ²⁾). Vid en i gåfvoändamål företagen intercession, — *intercessio donandi animo* — kunde qvinnan ej med fördel åberopa senatsbeslutet, enär en sådan afsigt, om den verkligen var för handen, omöjligt kunde stå tillsammans med förhoppningen att icke behöfva betala ³⁾).

4:o att hon genom uppfyllandet af den öfvertagna förbindelsen verkligen skulle hafva lidit någon skada, någon förmögenhetsförlust ⁴⁾).

En af qvinna under dessa nu uppräknade förutsättningar gjord intercession var icke i och för sig en nullitet, men qvinnan kunde genom anförande af den s. k. *exceptio SCⁱ Velleiani* skydda sig mot de menliga följderna deraf. Denna exception upphäfde fullständigt obligationen äfven såsom naturlig, *totam obligationem Senatus improbat*. Den *actio restitutoria*, som vid privativa intercessioner återgafs åt fordringsägaren, när han på grund af *exceptio SCⁱ Vell.* förlorat sin

²⁾ L. 22. D. h. t.

³⁾ L. 8. § 5, l. 21. § 1, l. 4. § 1. D. h. t.

⁴⁾ L. 21. pr. D. h. t. *Si pro aliquo mulier intercesserit sed in rem ejus, quod acceptum est, versaretur, exceptio SCⁱ locum non habet; quia non fit pauperior.*

rätt mot qvinnan, var vid de kumulativa obehöflig, enär han der just behåller sin talan mot den ursprunglige debitor.

Det gafs emellertid vissa fall, då, äfven om de ofvannämnda förutsättningarne voro för handen, *exceptio SCⁱ Vell.* likväl icke af qvinnan kunde med framgång förebringas. Dessa fall hade sin grund i singulära rättsbestämmelser och utgjorde verkliga undantag från regeln. När utaf en författare ⁵⁾ såsom undantag anföres äfven de fall, då qvinnan företagit intercessionen i sitt eget intresse och då hon låtit betala sig för sin intercession, (summans storlek gjorde dervid intet till saken, "*aliquid accipiens, ut sese interponat*"), så är detta icke fullt riktigt, enär i sådana fall en verklig intercession i senatsbeslutets anda icke var för handen. Detsamma gäller om ett annat af samme författare upptaget fall, då qvinnan genom intercessionens effektuerande ej led någon skada, om t. ex. beloppet användts till hennes eget bästa ⁶⁾. Således, ehuru senatsbeslutet i dessa fall visserligen icke fick komma till användning, så bör detta ej, såsom vid de undantag härnedan skola anföras, anses vara en följd af från regeln afvikande bestämmelser, utan kan med lätthet härledas ur den förut angifna "principen" eller grundtanken i senatsbeslutet. Vi öfvergå nu till de verkliga undantagen:

1:o Om fordringsegaren befann sig i en ursäktlig villfarelse rörande qvinnans intercession, så att han icke visste, antingen att det förevarande rättsärendet var en *intercession*, eller att han kontraherade med en *qvinna* ⁷⁾.

2:o Om qvinnan svikligen fört fordringsegaren bakom ljuset, (— *deceptis, non decipientibus, opitulatur SC^{um}* — l. 2. § 3. D. h. t.). Qvinnans blotta vetskap om den henne tillkommande invändningen kunde naturligtvis icke betaga henne densamma, ty det vore orimligt att inskränka senatsbeslutets

⁵⁾ v. VANGEROW, anf. st. s. 164 och ff.

⁶⁾ L. 21. pr. D. h. t.

⁷⁾ L. 1. C. 4. 29.

användning till sådana qvinnor, som icke kände till sitt beneficium. Det rigtiga torde vara, att dertill erfordrades att qvinnan, *dolose*, antingen fört kreditorn bakom ljust, eller underlåtit att upplysa honom om den *error*, hvori han befann sig ⁸⁾).

3:o Om intercessionen skett till säkerhet för en utlofvad *dos* ⁹⁾).

4:o Om qvinnan intercederat *pro libertate* ¹⁾).

5:o Om fordringsegaren var en *minor* och hos den egentlige gäldenären intet var att få ²⁾). I dessa sistnämnda fall torde anledningen till senatsbeslutets oanvändbarhet böra sökas i ett motstående privilegium, hvilket såsom det starkare uteslöt qvinnans.

6:o Om qvinnans intercession var ett upprepande eller förnyande af en, som hon förut gjort, och minst två år flutit mellan de båda intercessionsmomenterna. ³⁾ Dervid gjorde det intet till saken, om intercessionen första gången af hvarjehanda anledning varit ogiltig; ty det var ej fråga om konvalescensen af ett ogiltigt rättsärende, utan om verkan af en för andra gången företagen intercession. Lagstiftaren säger uttryckligen, att qvinnan skulle häfta "*ex secunda cautione*".

Såsom ytterligare undantag pläga anföras de fall, då qvinnan edligen hade stadfäst sin intercession, och då hon efter föregången behörig undervisning om senatsbeslutets betydelse, det oaktadt speciellt afsagt sig dess förmåner. Men då det förre grundar sig på kanoniska rätten och det senare på tysk rättspraxis, medan ett stort antal författare ⁴⁾ bestrider dess rigtighet, vilja vi här endast hafva omnämnt dem. För

⁸⁾ L. 30. pr. D. h. t.

⁹⁾ L. 12. l. 25. C. h. t.

¹⁾ L. 24. C. h. t.

²⁾ L. 12. D. 4. 4.

³⁾ L. 22. C. h. t.

⁴⁾ Mot detta undantags begrundande i de romerska källorna uppträda WINDSCHEID, SEUFFERT, GÖSCHEN, ROSSHIRT, m. fl. Den motsatta åsigtens förfaktare kunna dock framvisa sådana namn som PUCHTA, GIRTANNER, ARNDTS, v. VANGEROW o. a.

fullständighetens skull upptaga vi äfven, att qvinna, som dref en handelsaffär, ej med framgång kunde åberopa senatsbeslutet, ehuru detta fall var för den äldre romerska rätten okänt.

De i det föregående anförda bestämmelserna grunda sig hufvudsakligen på pandekternas föreskrifter om *SC^{um} Velleianum*; endast några få äro af senare ursprung, nemligen de under 3:o, 4:o och 6:o upptagna undantagsfallen. JUSTINIANUS gjorde emellertid genom l. 23, § 2. C. 4. 29. i pandekträtten den betydande förändring, som under namn af den justinianiska formföreskriften blifvit mycket kommenterad och mycket olika bedömd. I ofvannämnda förordning stadgades, att hvarje af qvinna företagen intercession skulle upprättas i ett offentligt och af tre vittnen underskrifvet instrument. Om denna form vore iakttagen, skulle de äldre bestämmelserna blifva i full kraft; det vill med andra ord säga, att om qvinnan i behörig form intencederat, kunde hon med framgång för sig åberopa senatsbeslutets skydd, såvida ej något af de ofvannämnda undantagsfallen var för handen, då hon ej ens genom formföreskriften iakttagande kunde påräkna hjälp. Iakttogets deremot icke den föreskrifna formen, skulle intercessionen *ipso jure* vara en nullitet, så att qvinnan till sin befrielse icke ens behöfde göra *exceptio SCⁱ Vell.* Inom litteraturen är likvisst striden om detta stadgande ännu icke afslutad. Den mening, vi här omfattat, är den af GIRTANNER och WINDSCHEID framställda.

Uti de föreskrifter ur romerska rätten, hvilka vi hittills anført, togs icke någon hänsyn till, om den person för hvilken räkning intercessionen skedde, var den intercederande qvinnans man eller icke. JUSTINIANUS gjorde äfven deruti en förändring, i det att han påbjöd ⁵⁾, att hvarje intercession af hustru för hennes man skulle vara ogiltig, äfven om hon iakttagit den föreskrifna formen. Sjelf nämner JUSTINIANUS ett undantag, i hvilket hustrus intercession således stod fast, nem-

⁵⁾ Nov. 134, c. 8.

ligen då det kunde tydligen ådagaläggas, att penningarne blifvit använda till hennes egen nytta. Detta var emellertid icke något verkligt undantag, emedan, såsom förut är visadt, i detta fall en egentlig, under senatsbeslutet hörande intercession icke förelåg. Likaledes stadgas uttryckligen, att ett upprepande af intercessionen ej kunde förläna den giltighet. Huruvida de öfriga undantagen gälde eller ej, derom äro meningarne mycket delade ⁶⁾. — Nov. 134 var naturligtvis ej tillämplig på enka, enär den talar om ett vid tiden för intercessionen ännu bestående äktenskap. Öfriga på qvinnas intercession tillämpliga regler gälde deremot för henne.

Den romerska rätten förbjöd vidare *soldater* ⁷⁾ att vara borgensmän för legokontrakt, och *andlige* ⁸⁾, såväl prester som munkar, att gå i borgen för förpaktningar af jordegendomar eller offentliga intäkter, för förande af främmande processer m. m.

Dessa den romerska rättens noggranna och i de minsta detaljer genomförda stadganden i fråga om personers, särskildt qvinnors förmåga att intercedera eller träda i borgen, hafva i allmänhet icke, huru intressanta de än för forskaren kunna vara, utöfvat något bestämmande inflytande på moderna lagstiftningar i detta ämne. I den tyska "gemeine Recht" äro de dock upptagna och vidare utbildade. Den preussiska landsrätten har visserligen ifråga om qvinnors förmåga att gå i borgen stadgat vissa försigtighetsmått, men dessa äro dock ej af samma art som de romerska. Hvad den nordiska lagstiftningen angår, så kan man i dess föreskrifter om hithörande stycken icke spåra något romerskt inflytande. Ty utom det att ogifta myndiga qvinnor och enkor, för att ej tala om soldater och prester, hafva full magt att genom borgen förpligta sig och således icke kunna undandraga sig uppfyllandet af en borgensförbindelse, så är förbudet för omyndiga och hustrur att i borgen gå en gifven följd af den mindre

⁶⁾ Se derom de hos v. VANGEROW, anf. st. § 581, Anm. 3 anförde författare.

⁷⁾ L. 31, C. 4. 65.

⁸⁾ Nov. 123, c. 6.

sjelfständiga ställning, som de af ålder innehaft i det nordiska samhället. Vi hänvisa i detta afseende till de fordringar på en borgensman, som våra gamla lagar uppställa och för hvilka vi här ofvan redogjort.

IV.

Som bekant, hade Romarne att välja mellan tre olika former, då de skulle träda i borgen för en annans förbindelse, nämligen *fidejussio*, *constitutum debiti alieni* och det s. k. *mandatum qualificatum*⁹⁾. I största korthet skola vi redogöra för deras olika beskaffenhet.

Fidejussio. Denna var ett i stipulationsform¹⁾ afslutadt verbalkontrakt, hvarigenom en person förband sig att instå för uppfyllandet af en annans skuldförbindelse. Den stränga form, som vid detta kontrakts ingående var föreskrifven, medförde åtskilliga verkningar i afseende på dess natur. Sålunda var identitet mellan gäldenärens och fidejussorns obligationer absolut nödvändig. Derföre kunde en ovilkorlig *fidejussio* för en vilkorlig skuld ej vara giltig, ej heller en *fidejussio*, som afsåg något mera (*in durio rem causam*) eller annat (*in aliam rem*) än hufvudgälden, eller i andra afseenden, såsom tids- och ortsbestämmelser, var af mera besvärslig natur. En *fidejussio in levio rem causam* var deremot tillåten²⁾. Af de fleste författare inom romerska rätten anses fidejussorn såsom *correus* till hufvuddebitorn. Denna sats har dock talrika vedersakare³⁾. Mot en fidejussor fördes talan medelst *actio ex stipulatu*.

⁹⁾ I äldre rätten funnos, utom dessa tre, två andra former, nämligen *sponsio* och *fidepromissio*, hvilka dock i den justinianska rätten icke mera äro till finnandes. De företedde med afseende på tiden och omfånget för ansvaret en del skiljaktigheter från *fidejussio*.

¹⁾ Den vanliga formeln dervid var fordringsegarens fråga: *idem fide tua esse jubes?* och borgensmannens svar: *fide mea jubeo*.

²⁾ L. 8 § 7 D. 46. 1.

³⁾ De olika åsigtarna i detta afseende sammanhånga med den ännu pågående striden om korrealobligationens egentliga begrepp.

Constitutum debiti alieni. Detta var ett *pactum prætorium*, som ingicks utan några bestämda formaliteter. Man förband sig derigenom att uppfylla en annans obligation. Då *fidejussio* endast hade till ändamål att bereda fordringsegaren ökad säkerhet, var *constitutum* just genom frånvaron af stipulationsformen tjenligt att förskaffa honom äfven andra slags fördelar. Konstituenten kunde utlofva ett annat föremål än hufvuddebitorn gjort och förpligta sig under svårare villkor i afseende på betalningstid och ort. Om konstituenten utfäst ett större belopp än den egentliga debitorn, så blef ej såsom vid *fidejussio* hela rättsärendet en nullitet, utan han blef förbunden till ett hufvudgälden motsvarande belopp. Konstituenten var ej *correus* med hufvuddebitorn, hans förbindelse var en "blott solidarisk" ⁴⁾). Den *actio*, som på grund af detta rättsinstitut förlänades, hette *constitutæ pecuniæ actio*.

Mandatum qualificatum. Om en person, *mandator*, gaf en annan, *mandatarius*, uppdrag att gifva en tredje person kredit till ett visst belopp, så ansvarade mandatorn mandataren, att han deraf ej skulle lida någon skada eller förlust, och ett borgensförhållande dem emellan egde otvifvelaktigt rum ⁵⁾). Här förelåg emellertid på samma gång ett verkligt mandat, hvilket, som bekant, var ett konsensualkontrakt. Det skulle ock efter de för *mandatum* i allmänhet gällande regler behandlas, hvadan borgensmannen, *mandator*, genom *actio mandati directa* kunde yrka verkställande af uppdraget och

Oss synes det som om den accessoriska karakteren hos borgensobligationen lade hinder i vägen för dess korrealitet. En författare har också yttrat: "en verkligt accessorisk korrealobligation är en *contradictio in adjecto*".

⁴⁾ Öfver dessa obligationers begrepp och deras åtskilnad från correobligationerna, om öfverhufvud en sådan existerar, se utom förut anf. förf. FITTING, *Die Natur der Correalobligationen*, J. L. WEIBEL, *Die Correalobligationen im römischen Rechte*.

⁵⁾ Detta utvisa äfven källorna genom den ofta förekommande sammanställningen af *mandator* och *fidejussor*, t. ex. i rubriken Dig. de *fidejussoribus et mandatoribus* 46. 1. Likaledes *Codex* 8. 41.

kreditorn, *mandatarius*, genom *actio mandati contraria*, att blifva ersatt för de kostnader, uppdragets utförande vållat honom. Den genom mandatsförhållandet uppkomna obligationen var emellertid accessorisk lika väl som den genom *fidejussio* och *constitutum* åvägabragta, hänförande sig till en tredje persons skuldförbindelse såsom hufvudgäld.

Inom den tyskromerska rättslitteraturen råder mycken meningsolikhet i den frågan, huruvida i "das gemeine Recht" en skilnad ännu fortfarande består mellan dessa tre romerska former för slutandet af ett borgensafstal. En del författare ⁶⁾, hufvudsakligen följande GIRTANNER, anser, att med bortfallandet af stipulationsformen äfven sammansmältning mellan *fidejussio* och *constitutum* egt rum. Den nuvarande rätten känner således utom *mandatum*, som fortfarande bildar en särskild art, blott en borgen, "die Bürgschaft," som hvarken fullständigt motsvarar *fidejussio* eller *constitutum*, utan endast den för båda gemensamma kärnan. I utbildandet af detta rättsinstitut har dock *fidejussio* haft den öfvervägande andelen. Andra åter ⁷⁾ hålla före, att *fidejussio* och *constitutum* visserligen genom stipulationsformens försvinnande förlorat det yttre skiljetecknet, men att de det oaktadt fortfarande bestå vid sidan af hvarandra. Man måste derföre se på innehållet och ändamålet i hvarje särskild "Bürgschaft" för att finna, om rättsärendet skall betraktas och behandlas såsom den ena eller andra arten. I tvifvelaktiga fall, det är, när af parternas uttryck ej tydligt framgår hvilket af ifrågavarande kontrakter de velat ingå, anser WINDSCHEID, att rättsärendet bör bedömas såsom *fidejussio*. HASENBALG ⁸⁾, som häråt egnar en vidlyftig framställning, kommer deremot till det resultat, att ett *constitutum* i sådana fall bör anses föreligga, emedan konstituenten befinner sig i en gynsamare ställning än fide-

⁶⁾ Se GIRTANNER, anf. st. s. 373 o. ff., PUCHTA, anf. st. s. 597, ARNDTS, anf. st. s. 559.

⁷⁾ v. VANGEROW, anf. st. s. 161. WINDSCHEID, anf. st. s. 731.

⁸⁾ *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts*, s. 817 o. ff.

jussorn och ett aftal i tvifvelsmål bör tolkas så, att åt förpligtelsen gifves minsta möjliga utsträckning.

Mandatum qualificatum anses äfven af denna sidans författare såsom fullt skildt från de öfriga arterna.

Vår svenska lag känner icke till sådana särskilda former som den romerska rättens *fidejussio*, *constitutum* och *mandatum*. Det svenska borgenskontraktet är icke bundet vid någon viss form; det erfordras till dess afslutande endast kontrahenternas ömsesidiga samtycke eller med andra ord, borgen är ett konsensualkontrakt. Vi hafva redan förut påpekat nödvändigheten af att fasthålla, att det är borgensmannen⁹⁾ och *fordringsegaren* i den obligation, som skall betryggas, hvilka i ett borgensaftal äro de kontraherande parterna. Dessas öfverensstämmande viljoutttring är således erforderlig till kontraktets fullbordan. Sker aftalet muntligt, hvilket för bevisningens skull väl icke så ofta inträffar, måste borgensmannen för fordringsegaren förklara, att han hos honom vill gå i borgen för uppfyllandet af gäldenärens förbindelse och denna förklaring af fordringsegaren uttryckligen eller stillatigande accepteras. Begagnas den skriftliga formen, som är det vanligaste, så är samtycket fullständigt och kontraktet således afslutadt, när den skriftliga handling, på hvilken borgensmeningen är tecknad, blifvit erbjuden åt fordringsegaren och denne emottagit det gjorda anbudet. Dessförinnan är dokumentet endast ett utkast till ett kontrakt, hvars afslutande ännu är beroende af borgensmannens vilja. Om derföre, såsom det ofta sker, borgensinstrumentet efter borgensmeningens tecknande öfverlemnas till gäldenären, för att af honom vid tillfälle begagnas, så är han att anse såsom ett slags syssloman för borgensmannen, hvilken senare ända till dokumentets företeende hos kreditorn och dennes derpå följande acceptation kan träda tillbaka och dymedelst betaga gäldenären förmåga att förpligta honom. Men när fordringsegaren uttryckligen eller stillatigande meddelat sin accepta-

⁹⁾ D. v. s. den *blifvande* borgensmannen.

tion till förslaget, så är kontraktet afslutadt och borgensmannen kan ej mera ensidigt rubba det.

Vid skriftlig borgen tecknas i allmänhet borgensförbindelsen på samma handling, som gäldenären utfärdat till fordringsegaren, men den kan lika väl affattas i en särskild handling. Vi torde här böra anmärka innehållet af K. F. den 28 Juni 1798, § 1, hvilken "uti det som Lagsöknings- och utmättningsverket angår" föreskrifver, att alla löftesskrifter böra, om de för gällande skola antagas, antingen egenhändigt skrivas och undertecknas af den sådana utgifver eller af endera, då flera skriva dem under, eller och bestyrkas af tvenne vittnen, hvilka på en gång varit tillstädes och af hvilka den ene skall hafva löftesskriften skrifvit. Härifrån undantages dock, i fråga om löftesskrifternas skrifvande, banken och de allmänna diskontverken ¹⁾. Uti inledningen till denna förordning tillkännagifves tydligt, att dess stadganden endast ha afseende på exekutionsverket, och den föreskrifna formen för löftesskriften är således erforderlig endast om det önskas, att Kon. Befallningshafvande skall kunna genast döma till utmätning derpå ²⁾.

Ehuru vår lag icke föreskrifver någon viss form för borgens ingående, är det dock nödvändigt, att sådana uttryck användas, att rättsärendets verkliga karakter derigenom tydligt lägges i dagen. Vi hafva härofvan framhållit det formella elementet i intercessionen såsom ett väsendtligt kännetecken på denna art af kumulativ intercession, hvarigenom den skiljer sig från den principala samförpligtelsen. Borgensmannen måste derföre låta fordringsegaren tydligt förstå, att hans förbindelse endast är accessorisk i förhållande till en annan (redan varande eller blifvande) obligation ³⁾. Ty

¹⁾ I § 32 af K. Kungörelsen den 12 Juni 1874 angående enskilda bankerna tillerkännes dessa rätt att till reversaler, kontrakter m. m. begagna tryckta eller graverade blanketter.

²⁾ Detta är ock i praxis vedertaget. Se rättsfall J. A. XXXI, s. 476. N. T. IX. 96.

³⁾ Lagen säger: gå i löfte för *annan mans gäld*.

eljest kan det inträffa, att han kommer att häfta i likhet med hufvudgäldenären, hvilket i flera afseenden medför strängare förpligtelser. Hvilka ordalag för öfrigt begagnas, torde vara likgiltigt, blott den nu framställda meningen derur framgår ⁴⁾. Det säkraste torde väl vara att begagna just ordet *borgen*, hvilket icke kan missförstås i detta afseende. Fordran på ett uttryck, som betecknar denna mening, är ej liktydig med fordran på en viss form vid ingåendet, enär utan detta uttryck det ej är möjligt att veta, hvilket rättsärende kontrahenterna haft för afsigt att åstadkomma.

Är det tvifvelaktigt, huru en *borgen* i ett konkret fall skall tolkas, så bör den grundsatsen tagas till rättesnöre, att ingen får anses vara strängare förbunden än det kan visas, att han verkligen velat vara. Kan det ej med säkerhet afgöras, om en person haft för afsigt att blifva medgäldenär eller borgensman, skall han således betraktas som borgensman, då *borgen* är en mindre sträng förpligtelse. Är det ovisst, hvilket slag af *borgen* en löftesman åtagit sig, eller för huru stor summa, eller under hvilken tid han velat ansvara, så bör han anses hafva åtagit sig den förbindelse, som är för honom minst betungande. Uppstår tvifvel om en person ens verkligen velat gå i *borgen*, bör han anses icke hafva gjort det. Detta framgår äfven af sjelfva redaktionen af hithörande lagrum. Det för borgensmannen lindrigaste framställes, så att säga, som regel; skall förbindelsen vara mera omfattande, bör detta särskildt vara uttryckt. På samma sätt äro stadgandena i Lagförslagen uppställda; dessutom finnes i dem en särskild paragraf, som tillförsäkrar den, som inskränkt sin *borgen* till viss tid, eller ock satt särskilda villkor derför, att hans förbindelse skall blifva derefter mäten ⁵⁾.

⁴⁾ Se ett i detta hänseende intressant rättsfall i N. T. XI. 94. Jmfr. J. A. XXI, s. 292.

⁵⁾ Se 10: 8, 9, 11 H. B. samt Lagk. H. B. 7: 2, 5, 7, 8, 22; Lagb. H. B. 7: 2, 6, 7, 8, 25.

Vår lag skiljer i 10 Kap. Handelsbalken mellan att borga för annans *person* och för annan mans *gäld*. Om den förra arten af borgen hafva vi i annat sammanhang yttrat oss, och då den saknar betydelse för den gällande rätten, öfvergå vi till borgen för *gäld*, hvarmed lagen förstår aftalsförbindelser i allmänhet.

Det faktiska uppfyllandet af en förbindelse betingas å debtors sida af två momenter: *vilja* att fullgöra densamma och *förmåga* dertill. Ur detta förhållande skulle man kunna teoretiskt härleda behovet af de två arter af borgen för gäld, som vår lag omtalar. Om en borgenär anser sin gäldenär besitta båda de nämnda egenskaperna, så behöfver han icke någon ytterligare säkerhet. Skulle åter endera af dem eller båda saknas, är det naturligt, att borgenären hos någon annan vill hafva ersättning för det som brister i dessa stycken hos gäldenären, så att full säkerhet i båda afseendena förefinnes. Om borgenären sålunda litar på sin gäldenärs vilja att uppfylla sin förbindelse, men deremot hyser tvifvelsmål i afseende på hans förmåga dertill, så kan han nöja sig med en borgen, som endast garanterar den sistnämnda. Det är en sådan art af borgen, som afses i 10 Kap. 8 § Handelsbalken, då det heter: Går någon i löfte för annan mans gäld, betale han det gäldenär sjelf ej gälda gitter. SCHREVELIUS ⁶⁾ kallar denna borgen *egentlig*. Språkbruket är dock, hos oss såsom i brödräländerna, mera för benämningen *enkel*, hvarföre äfven vi begagna den, helst den andra lätt kan gifva anledning till misstyding. Är åter en borgenär ej fullt säker på, att hans gäldenär besitter båda dessa egenskaper, att han både vill och kan betala sin skuld ⁷⁾, så kan han icke vara nöjd med en borgen af nyssnämnda slag, utan måste hafva en af den art, att den lemnar honom nödig garanti mot frånvaron af båda de nämnda

⁶⁾ Anf. st. s. 667.

⁷⁾ Vi mena här skulden i hela dess konkreta omfattning, i afseende på belopp, tid, ort, sätt m. m.

qualifikationerna. Dertill synes den borgen vara väl egnad, som i 10: 9 H. B. på följande sätt beskrifves: Nu hafver löftesman sig åtagit annan mans gäld som sin egen och utfäst betalning å viss tid eller ort eller ock sig lika med gäldenären dertill förbundit; söke då borgenär hvilkendera han helst vill. *Proprieborgen* är numera den allmännaste beteckningen för detta slag af borgen. SCHREVELIUS kallar den *oegentlig* ^{a)}, till skilnad från den nyssnämnda ^{a)}.

Hvad åter angår dessa båda arters historiska formation, så förefaller det oss som om *proprieborgen* skulle ha varit den, som först hos oss framträdte och funnit uttryck i våra lagar. Det synes dock som om i de flesta af våra gamla lagar skilnaden mellan en borgensmans accessoriska och en medgäldenärs principala förpligtelse icke varit fullt medveten. Den borgen, som i dessa lagar förekommer, närmar sig kanske mera naturen af en principal samförpligtelse. Den skiljer sig således ännu mera från enkel borgen. Innan vi gå vidare i denna undersökning, böra vi dock redan här antyda skilnaden mellan enkel och *proprie borgen*. Vid den förra kan borgenären ej söka löftesmannen för gäldens betalning, förr än alla lagliga medel att af gäldenären utfå den samma förgäfvos blifvit använda, medan deremot en *proprielöftesman* strax, när gäldenären ej i rättan tid uppfyllt sin förbindelse, kan sökas af borgenären. De ordalag som i Östgöta, Uplands, äldre och yngre Westmannalagarne, Magnus Erikssons Lands- och Stadslagar samt Kristoffers Landslag ¹⁾ brukas om borgen

^{a)} I 1669 års Exekutionsstadga kallas *proprielöftesmannen* med ett godt ord: *sjelfskuldnär*, men detta har ej bibehållit sig i det nuvarande språket.

^{a)} Är det blott *viljan* att betala, som hos gäldenären tryter, så behöfves ingen borgen deremot, emedan han genom den offentliga magten kan *tvingas* att betala.

¹⁾ I Östgötalagen BygdB. 39 heter det: Nu borghar man andrum pëninga ællr gopz, þa a han þæt ut luka, sum han borghafi. UplL. KöpmB. 8, WestmL. I, BygningaB. 18, II, KöpmB. 11, MEL. KöpmB. 9, StL. KöpmB. 8 samt KrLL. KöpmB. 12, stadga med obetydlig skilnad sinsemellan: Borghar man pëninga fore annan, þa gjældi þæt sama utt han borghat hawir, ællr dyli etc. etc.

gifva otvetydigt vid handen, att det ej enligt dessa lagar var nödvändigt, att gäldenären först fåfångt skulle hafva blifvit sökt. Tvärtom synas de ålägga borgensmannen betalningsskyldighet såsom en omedelbar följd af den af honom ingångna förbindelsen, utan att nämna ett ord om någon föregående utsökning af gäldenären. Det är ock troligen denna föreställning om borgensmannen såsom med gäldenären lika förpligtad, som ligger till grund för det gamla svenska ordspråket: Den som går i borgen, han går i betalning. Då detta finnes upptaget i Domarereglerna, hvilka som bekant härstamma från början af 1500 talet, tyckes det med skäl kunna anses såsom ett uttryck för den uppfattning, som den tiden rådde.

Uti tvenne af de äldre lagarne förekomma något olika stadganden, i ty att gäldenärens skyldighet att betala tydligt framhålles såsom den primära och borgens accessoriska karakter framskymtar. Det heter nemligen i Södermannalagen ²⁾: Borghar man pæninga firi annan mæp vitnum oc wiperwarumannum, giældi þæt sum han borghat hafpi, hvat þæt ær minna æller mera, *æn þæn will ei gjælda sum han borghafi firi*, och i Helsingelagen ³⁾: Borghar man pæninga fore annan, *gjaldar æy þæn sum taker*, þa gialdi þæn sum burghade. Svårligen skall den som utan förutfattad mening vill tolka dessa lagrum, deri kunna finna ett stöd för den åsigt, som vill göra enkel borgen till den i rättsutvecklingen föregående. Ty då skulle Södermannalagens uttryck "*æn þæn will æi gjælda*" betyda, "om den ej *kan* betala," hvilket icke är möjligt. Och då Helsingelagen såsom vilkor för borgensmannens betalningsskyldighet blott uppställer det faktum, att gäldenären icke betaler, "*gjaldar æy þæn sum taker*," betyder detta, enligt vår mening, att borgensmannens skyldighet att betala inträdde, så snart gäldenären, af en eller annan anledning, icke i rättan tid uppfylde sin förpligtelse. Att tolka denna sats så,

²⁾ KöpmB. 9.

³⁾ KöpmB. 6.

att borgensmannen skulle betala, först sedan det var visst, att gäldenären ej kunde betala, det är att i orden inlägga en betydelse, som de icke hafva. Ordalagen passa deremot förträffligt in på proprieborgen.

Hvad nu förhållandet mellan de två sistnämnda lagarne och de öfriga vidkommer, så tilltro vi oss icke att afgöra, huruvida Södermanna- och Helsingelagarne beskrifva ett förhållande, som var för dem egendomligt och från de öfriga skiljaktigt, eller om de endast i tydligare ord uttrycka en rättsuppfattning, som var för samtliga lagarne gemensam. I alla händelser var de gamla lagarnes borgen icke enkel borgen efter nu gällande uppfattning, utan proprieborgen, som kanske till och med i några lagar stod på gränsen af ett medgäldenärskap. Det är ock naturligt, att man under dessa tider, då exekutionen hvarken var snabb eller kraftig, behöfde en borgen, som gaf fordringsegaren den största möjliga trygghet i detta afseende.

Icke ens i Lands- och Stadslagen ha vi funnit spår af enkel borgen. Ordalydelsen af dess stadganden om borgen är förut återgifven ⁴⁾. Kommentatorer ⁵⁾ till dessa lagar anse ock, att "*beneficium excussionis*" icke är i lagarne borgensmannen medgifvet, men att "billighet", *æquitatis ratio*, talar för att tillerkänna honom denna förmån. Ett indirekt stöd för sistnämnda påstående vilja de finna i 20 Kap. RådstufvuB. StadsL. som stadgar: Rymer then undan, som borghadis fore, svari then som borghadi. Det är nemligen klart, mena de, att af detta "undantagsstadgande" följer *a contrario* den regel, att borgensmannen ej får sökas, så länge gäldenären är närvarande. På detta ställe är det emellertid fråga om personlig borgen, så att några slutsatser beträffande förevarande fråga icke kunna dragas derifrån. En annan författare ⁶⁾ yttrar, efter att först, stödd på senare författningar, ha fram-

⁴⁾ Se not. 1 s. 35.

⁵⁾ Se t. ex. LOCCENIUS, *Synopsis juris privati*, (1673) s. 484, KLOOT, *Lagfarenhetsspegel*, (1676) s. 232.

⁶⁾ NEHRMAN, *anf. st.* s. 353.

stält den åsigten, att kautiönisten kan tilltalas, först sedan *debitor principalis* bevisligen ej kan betala: "Thetta kallas *beneficium ordinis* eller *excussionis*, så att 12 och 8 Capit. Kiöp. LL. och StL., 39 fl. B.B. Östgl., 8 fl. Kiöp. Upl., som *synas vilja förmå annat*, ey kunna brukas nu". Det är just dessa samma lagrum ⁷⁾, hvarpå vi velat stödja den här utvecklade åsigten.

Till det anförda kunna vi ytterligare lägga den omständigheten, att beslägtade folks äldre lagstiftning icke känner till annan borgen än *proprie*. Så är förhållandet i Jydske Lov ⁸⁾, så i Christian den femtes danska och norska lagar ⁹⁾, hvilka som bekant förskrifva sig från slutet af 17:de århundradet. Icke heller i de äldre nordgermaniska lagarne häftade löftesmännen endast subsidiariskt ¹⁾, utan de voro förbundne att betala, så snart gäldenären icke i rättan tid infriade sin förbindelse.

Det var, så vidt vi ha oss bekant, först genom K. M:ts stadga ²⁾ angående Exekutioner i gemen af den 10 Juli 1669, § 20, som den grundsatsen i lag uttalades, att löftesmannen icke skulle kunna tvingas till att betala, förrän det visats, att gäldenären var dertill oförmögen, "med mindre någon som sjelfskuldnär sig förskrifvit hade." *Enkel* borgen framställes således såsom något annat än *proprie*borgen. Att billighetshänsyn vid denna lagförändrings företagande varit bestämmande, vilja vi gerna medgifva, men icke, att man dessförinnan "af billighet" kunde tillägga en löftesman förmåner, dem

⁷⁾ Se not. 1 s. 35.

⁸⁾ II, 62.

⁹⁾ Se GRAM, anf. st. s. 724, HALLAGER, anf. st. s. 376.

¹⁾ Se PLATNER anf. st. s. 87 o. ff., GERBER, anf. st. s. 521.

²⁾ Det förtjenar kanske äfven nämnas, att uti ingressen till denna stadga K. M:t förklarar sig hafva för afsigt att i allt stå fast vid den gamla lagens bud utom i några vissa punkter, som Han ville förändra. Stadgandet i 20 § anbefaller sig således sjelf såsom en ändring i ett förut bestående förhållande. Det är ock på detta lagrum jemte en K. M:ts Förkl. af den 28 Maj 1687, m. 2, § 1, som NEHRMAN stödjer sin härofvän meddelade åsigt.

lagen nekade honom. Med en klarare insigt i borgenskontraktets verkliga natur fann lagstiftaren det obilligt, att en löftesman, som ej uttryckligen åtagit sig strängare förpligtelse, kunde komma att göra en oväntad utbetalning, medan den egentlige gäldenären, som dock i första hand borde svara för sin förbindelse, måhända hade förmögenhet nog att göra rätt för sig. Ifrån 1669 års Exekutionsstadga öfvergick denna åskådning till 1734 års lag, der vi finna ifrågavarande tvenne arter af borgen såsom fullt sjelfständiga och med hvarandra sidoordnade. Vi öfvergå nu till en närmare redogörelse för deras olika beskaffenhet.

Vi hafva förut erinrat om nödvändigheten att tolka en borgensförbindelse restriktift och särskildt påpekat, att då oviss-het råder om hvilken art af borgen, som i ett konkret fall begagnats, den för löftesmannen minst betungande eller enkel borgen bör anses hafva varit af kontrahenterna åsyftad. Detta följer icke allenast af en vanlig tolkningsregel, utan äfven af lagens egna ord. Den säger nemligen, att om någon "går i löfte för annan mans gäld", således utan att göra några närmare bestämmelser om ansvarets beskaffenhet, så skall han betala "det gäldenär sjelf ej gälda gitter", d. v. s. anses hafva ingått enkel borgen. För att någon skall bli förpligtad såsom proprielöftesman erfordras deremot enligt lagens ord, att han skall hafva "åtagit sig annan mans gäld som sin egen", eller begagnat annat dermed liktydigt uttryck. — Den som för annans gäld ingått *enkel* borgen, skall betala det gäldenär sjelf ej gälda *gitter*, d. ä. *förmår, kan*. Han inestår således för att gäldenären *kan* betala, för hans *vederhäftighet* eller, med andra ord, hans ansvarighet är sådan, att han endast kan komma att betala den *brist*, som vid utsökning hos gäldenären möjligen uppstår, denna *brist* må nu blifva total eller partiel. Den som ingått enkel borgen, är endast *in subsidium* förpligtad att uppfylla hufvudobligationen; han skall, sedan det visat sig, att hufvudgäldenären helt och hållet eller delvis brustit i sin förbindelse, förhjelpa dertill, att borgenären får det felande ersatt. Då det alltid är en möjlighet, att

borgensmannen kan komma att betala hela gälden, nemligen om gäldenären icke har något att gälda af, eger ett slags solidaritet³⁾ rum dem emellan, ehuru denna, hvad borgensmannen beträffar, är af subsidiär natur, så att han kan sökas *in solidum*, först sedan det är ådagalagdt, att hufvudgäldenären ej kan betala något. Enkel borgen blir på det hela taget detsamma som den art af borgen, Romarne kallade *fidejussio indemnitis*. Dermed bör icke förblandas det rättsförhållande, som uppkommer vid en *fidejussio fidejussionis* eller vid en kontraktaution, hvilket NEHRMAN⁴⁾ tyckes göra. Vi återkomma till dessa sistnämnda slag af borgen.

Det är vanligt att karakterisera enkel borgen på det sätt, att löftesmannen säges åtnjuta *beneficium excussionis* eller *ordinis*. Med detta namn betecknade man i den romerska rätten den af Justinianus år 535, genom Nov. 4 införda rättsförmån, på grund hvaraf löftesmannen kunde fordra, att innan han sjelf af kreditor togs i anspråk, denne skulle förgäfvnes ha sökt att af hufvuddebitor på laglig väg utfå sin fordran. Före Nov. 4 hade nemligen, då ej annat var särskildt aftaladt, kreditor rätt att efter godtfinnande vända sig antingen till hufvuddebitorn eller löftesmannen, och detta ej mindre vid *fidejussio* än vid *constitutum* och *mandatum*. Ifrågasvarande *beneficium* tillkom likväl icke fidejussorn *ipso jure*, utan han måste sjelf under processen göra anspråk derpå medelst *exceptio excussionis*. Beneficiet föll deremot bort, l:o när hufvudgäldenären var frånvarande och borgensmannen var boende inom samma domstolsområde som kreditor. Vid sådant tillfälle fick borgensmannen af domaren sig förelagd en viss tid, inom hvilken han skulle framskaffa debitor; lyckades han ej, kunde talan mot honom sjelf fullföljas. Detta

³⁾ Denna art af passiva solidariska obligationer upptages ej af våra svenska författare. Ett solidariskt förhållande är dock ostridigt för handen, om än eventuellt, subsidiärt. GRAM, anf. st. II, 1. s. 43 och HALLAGER anf. st. s. 7, upptaga sådana obligationer bland de solidariska.

⁴⁾ Anf. st. s. 352, 355.

i novellen upptagna undantag har inom teorien utsträckts till alla de fall, då det af en eller annan anledning för borgenären var svårare att söka debitor än borgensmannen; 2:o när fordringsegaren icke mera hade någon verksam *actio* mot gäldenären, eller från början icke hade haft någon sådan, såsom då gäldenären var skyddad af en invändning, hvilken icke kom borgensmannen till godo, eller debitorn endast var *naturaliter* förpligtad och borgensmannen med kännedom om dessa förhållanden likväl iklädt sig borgen. Vidare anses allmänt beneficiet ha varit oanvändbart, 3:o när borgensmannen hade afsagt sig tillgodonjutandet deraf och 4:o när han *dolo malo* hade förnekat sin borgen ⁵⁾).

Detta är i korthet den romerska rättens lära om *beneficium excussionis*. Då det hos författare i svensk rätt heter, att den som ingått enkel borgen, har *beneficium ordinis*, så är detta, synes det oss, ett mindre lyckligt uttryck. Till enkel borgens väsen hör efter vår lag just den omständigheten, att löftesmannen är endast subsidiärt ansvarig. Det är derföre i följd af kontraktets eget innehåll, icke på grund af något, löftesmän en gång tillerkändt privilegium, som borgensförpligtelsen har denna karaktär. I processuelt hänseende gestaltar sig ock vår enkla borgen helt annorlunda än romerska rättens borgensinstitut med dess *beneficium excussionis*. Enligt romersk rätt skulle en borgensman, som af kreditor blef sökt, sjelf framställa *exceptio ordinis*, om han ville undvika att genast bli dömd till betalning. Han fick på grund af exceptionen rätt att undanskjuta betalningen, men blef deremot ej befogad att återfordra, hvad han tilläfventyrs redan betalt, icke ens om det skett af misstag ⁶⁾). Med vår lags anda torde deremot vara öfverensstämmande, att domaren *ex officio* tillvaratager borgensmannens rätt, äfven om denne ej sjelf gör invändning om, att hufvudgäldenären först bort sökas. Domaren bör derföre rättast i mål, der

⁵⁾ Se härom i allmänhet GIRTANNER, anf. st. s. 113—116, 423 o. ff.

⁶⁾ Arg. l. 49. § 1. D. 46. 1.

löftesman, som ingått enkel borgen, blifvit sökt före gäldenären, förklara frågan, hvad löftesmannen vidkommer, vara för tidigt väckt. Mindre riktigt torde det vara, att i en dom döma både gäldenär och löftesman till betalning, gäldenären ovilkorligt och löftesmannen under vilkor, att den förre icke kunnat gälda. Har löftesmannen emellertid af någon anledning betalt, innan gäldenären blifvit sökt, och visshet om hans insolvens vunnits, föreligger, åtminstone temporärt, en *solutio indebiti*, och beloppet torde kunna tillsvidare återfordras.

Den som går i löfte för annan mans gäld, skall, såsom ofta är nämndt, betala det gäldenär sjelf ej gälda gitter. Men innan han kan dömas till betalning, bör borgenären naturligtvis *styrka* en sådan insolvens hos gäldenären. Han bör derföre bevisa såväl, att gäldenären icke gittat betala, som huru mycket af gälden han icke gittat betala; han måste konstatera icke allenast bristens existens, utan äfven dess belopp. Detta sker naturligtvis genom en för hans ifrågavarande ⁷⁾ fordran hos gäldenären företagen utmätning. Resultatet deraf kan blifva, att fordrans hela belopp, en del deraf eller alls intet hos gäldenären kan uttagas. I första fallet är löftesmannen fri, i andra får han gälda skilnaden och i tredje kommer han att betala hela den förevarande gälden. Beviset öfver bristens tillvaro och belopp föres af fordringsegaren derigenom, att han vid det forum, der löftesmannen sökes, företer utmätningssmannens redovisning för den vidtagna åtgärden. Skulle gäldenärens vilkor ha blifvit så försämrade, att han till borgenärernas förnöjande måst afträda sina tillgångar, är löftesmannen icke skyldig att infria hans förbindelse endast derföre, att fordringsegaren styrker, att konkurs inträffat. Det kan nemligen hända, att borgenärens fordran af en eller annan anledning, såsom att

⁷⁾ Det är icke tillräckligt att borgenären visar, att vid en af annan person kort förut företagen utmätning gäldenären befans sakna tillgångar, ty det är alltid möjligt, att hans ställning sedan dess kan ha förbättrats.

samtliga fordringsegare till slut ändock bli förnöjde, eller på grund af särskild förmånsrätt kommer att gå fullt ut. Innan löftesmans betalningsskyldighet kan inträda, bör konkursen derföre vara utredd. Om endast en del af fordran kan ur konkursen utgå, måste i alla fall konkursens avslutande inväntas för att få utdelningsprocenten konstaterad. Ett af sysslomännen eller rättens ombudsman meddeladt intyg öfver slutliga utdelningsresultatet är för detta ändamål tillräckligt.

Från regeln att löftesman, som ingått enkel borgen behöfver betala endast det, som gäldenären bevisligen icke *gittat* erlägga, uppställer vår lag ⁸⁾ dock tvenne undantag, då löftesmannen, uppå ansökan af fordringsegaren af Konungens Befallningshafvande ålägges att inom viss tid betala gälden, ehuru hufvudgäldenärens oförmåga att göra rätt för sig icke förut blifvit på det sätt, vi nyss angifvit, ådagalagd. Detta förfarande iakttages, då gäldenären håller sig undan, när tiden till betalning inne är, eller han är utrikes faren och gods hans ej finnes, som kan för betalningen tillgripas. Af omtanke för fordringsegaren har lagstiftaren stadgat dessa undantagsfall. Det vore orimligt att i sådana fall, då det för borgenären, utan hans egen förskyllan, varit faktiskt omöjligt att uppfylla lagens fordran på en föregående utsökning hos gäldenären, fortfarande neka honom rätt att hålla sig till löftesmannen. Liknande stadganden förekomma, såsom vi redan sett, i den romerska lagen, (*beneficium excussionis* bortfaller, då gäldenären är *absens*) och finnas äfven i den allmänna preussiska rätten ⁹⁾. Franska lagen ¹⁾ innehåller det stadgande, att löftesmannen skall, för att undvika att strax nödgas betala, göra *exceptio excussionis* samt derefter hänvisa fordringsegaren på sådan gäldenärens egendom, som är befintlig inom det domstolsområde, der betalningen skall ske. — Dessa af vår lag ²⁾ medgifna undantag få dock icke exten-

⁸⁾ 10: 8 HB.

⁹⁾ A. L. R. I, 14, § 298.

¹⁾ CC. art. 2022, 2023.

²⁾ Lagk. 7: 3 HB. har gått längre i detta afseende än 1734 års lag. Den tillåter nemligen borgenär att göra sin rätt gällande mot

deras till andra fall, som med dem hafva någon likhet. Således kan ej den, som tecknat enkel borgen, sökas före hufvudgäldenären, endast derföre, att det är förenadt med större svårighet att lagsöka den senare.

Öfvergå vi nu till den andra hufvudarten af borgen för gäld, eller *proprieborgen*, så erinra vi till en början, att denna aldrig presumeras, utan skall alltid vara så affattad, att den kan tydligt visas hafva varit af borgensmannen åsyftad. Här till tjena naturligtvis i främsta rummet de uttryck, som lagen sjelf i 10: 9 HB. begagnar, men äfven andra uttryck kunna vara dertill lämpliga, af hvilka det vanligaste väl torde vara "gå i borgen såsom för egen skuld." Något ord motsvarande det danska *Selvskyldnerkautionist* eller det tyska *Selbstschuldner* eger icke vårt språk, (sjelfskuldnär är icke mera brukligt); men *proprieborgen* och *proprielöftesman* hafva numerä en så stadgad betydelse inom språkbruket, att en domare svårligen kan underlåta att efter 10: 9 HB. anse en i sådana ordalag hållen förbindelse ³⁾).

Om nu en löftesman åtagit sig annan mans gäld som sin egen och utfäst betalning å viss tid eller ort, eller ock sig lika med gäldenären dertill förbundit, söke då, heter det, borgenär hvilkendera han helst vill. Denna borgens kraft består således deruti, att, så snart gäldenären icke i rättan tid uppfyllt sin förbindelse, borgenären har möjlighet att välja mellan gäldenär och löftesman, och om han anser löftesmannen lemna säkrare garantier för fordrans fullständiga och snabba utbekommande, han omedelbart kan taga denne i an-

borgensmannen, utom i de af lagen medgifna händelser, äfven när gäldenärs egendom är till konkurs afträdd, eller han ej har veterliga tillgångar hvarmed gäldas kan, eller tillgångarne äro tvistige eller ej kunna strax till betalning i laga ordning användas. Lagh. 7: 3, 4 HB. har inskränkt denna borgenärens rätt så till vida, att han eger att sin fordran hos borgensmannen utkräfvä, vid gäldenärens konkurs, endast om han sin fordran deri bevakat, och i öfriga af Lagk. upptagna händelser, blott när riktigheten deraf genom lagsökning blifvit konstaterad.

³⁾ Se en K. D. ²¹/₈ 1838 i BACKMANS *Handb.* s. 318.

språk. En föregående undersökning om hvad gäldenären gitter betala, är här icke af nöden, såsom vid enkel borgen. Genom bestämmelsen att borgenären kan söka hvilkendera han vill för hela gälden, komma gäldenären och proprielöftesmannen att stå i ett passift solidariskt obligationsförhållande till borgenären. De för passiva solidariska obligationer gällande rättsregler äro således här i allmänhet tillämpliga. De blifva dock något modifierade genom den accessoriska karakteren hos borgensmannens förbindelse. Sålunda, då gäldenären onekligen är skyldig att på förfallodagen sjelfmant infria sin förbindelse, kan man deremot icke ålägga proprielöftesmannen denna skyldighet. Hans skyldighet går endast ut på att betala, om gäldenären icke i rätt tid gjort det. Då nu gäldenären har laglig rätt att, om han så vill, vänta med betalningen ända till förfallodagens slut, inträder proprielöftesmannens betalningsskyldighet rätteligen icke förr än efter förfallodagen, d. v. s. icke förrän gäldenären befinner sig *in mora* ⁴⁾. Denna skilnad mellan de båda förbindelserna, som utan tvifvel principiellt förefinnes, blir dock i praktiken utan någon betydelse. Ty der gäller det ej så mycket, hvilka skyldigheter i principen åligga en person, utan fastmera, hvartill han på laglig väg kan tvingas. Lagen förutsätter ej heller någon godvillig betalning å de förpligtades sida, utan säger: borgenären söke. Jemlikt 4: 2 U.B. kan gäldenären ej hos Kon. Bef. sökas, förrän betalningstiden *ute* är, men då har äfven proprielöftesmannens skyldighet inträdt, så att också han kan sökas. Det praktiska resultatet blir således, att de samtidigt kunna lagsökas. — Vid passiva solidariska obligationer har betalning, eller annan lika god uppgörelse å den ene gäldenärens sida, till följd, att äfven de öfriga bli befriade. Detsamma gäller om det slags solidariska obligation, hvarmed vi här sysselsätta oss. Men om ett faktum inträffar, som utan att objektift upphäfva obligationens bestånd, endast verkar subjektift befriande för en af gälde-

⁴⁾ Se PLATNER, *anf. st.* s. 88.

närerna, så blifva de öfrige fortfarande förbundne. Detta gäller icke i samma mån om proprielöftesmannens och hufvudgäldenärens solidariska obligation. Väl blir gäldenären icke fri genom ett sådant, endast i löftesmannens person inträffande faktum, men proprielöftesmannen kan deremot i regeln äfven på en sådan gäldenärens befrielse grunda en giltig invändning mot att betala.

Af uttrycket "åtaga sig annans gäld som sin egen", har man velat härleda det påståendet, att löftesman, som begagnat dessa ordalag, derigenom ställt sig såsom lika förpligtad medgäldenär vid debtors sida. Detta uttryck skulle nemligen innebära, att intercedenten förpligtade sig på samma sätt, som om han sjelf för egen räkning ursprungligen gjort gälden, eller, med andra ord, det slag af kumulativ intercession, som vi här ofvan kallat principal samförpligtelse, skulle vara förhanden. En sådan åsigt kunna vi ej gilla ⁵⁾. Redan af yttre grunder visar den sig ohållbar. Ty då lagstiftaren i 1734 års lag ställt det lagrum, som afhandlar förevarande slag af förbindelser, in bland de bestämmelser, som röra borgen i allmänhet, torde han dermed tydligt nog hafva visat, att äfven denna art af intercession är borgen, och att fördenskull alla stadganden som röra borgen i allmänhet, på densamma böra tillämpas, med mindre dess särskilda, af lagstiftaren sjelf bestämda natur, gör detta omöjligt. Vidare, då lagstiftaren vid sin bestämning af detta rättsinstituts natur valt en sådan form som den i 10: 9 HB. begagnade, eller en försats och en eftersats, så bör lagtolkaren, då han vill bedöma arten af den i paragrafen beskrifna förbindelsen, icke så mycket fästa sig vid försatsens uttryck, hvilka tydligen endast *exempli gratia* blifvit valda, som fastmera vid eftersatsen, hvilken innehåller den *verkan*, lagstiftaren tillagt rättsärendet.

⁵⁾ LINDBLAD, *Om preskription enligt Sveriges Lag*, s. 70, framhåller äfven det felaktiga i den föreställningen, "som åtskilliga praktiska jurister göra sig om proprielöftesmän, att de nemligen äro att anse som medgäldenärer" samt anmärker med rätta att "naturen af borgen icke undergår någon förändring genom dess egenskap af *proprie*."

Uti orden: söke då borgenär hvilkendera han helst vill, samt de konsekvenser, som med nödvändighet följa deraf, har man således att söka det karakteristiska för *proprieborgen*. Deruti, och blott deruti, ligger såsom vi ha sett, den verkliga skilnaden mellan enkel borgen och *proprieborgen*. De uttryck, som af en *proprielöftesman* vid borgens ingående begagnas, "åtaga sig annan mans gäld som sin egen" "gå i borgen för annans förbindelse såsom för egen skuld" framhålla det *accessoriska* förhållandet lika tydligt som vid enkel borgen. Vi se således, att en *proprieborgen* eller borgen såsom för egen skuld, trots detta uttryck, långt ifrån att vara detsamma som ett solidariskt medgäldenärskap, fastmera i allt *väsentligt* öfverensstämmer med enkel borgen.

Den som ingått *proprieborgen*, kan enligt lagens ord antingen utfästa betalning å viss tid eller ort, eller ock sig lika med gäldenären dertill förbinda. I senare händelsen, som är den vanligaste, behöfver detta icke särskildt utsättas i borgensmeningen, utan det faller af sig sjelf, att hufvudförbindelsens bestämmelser om förfallotid och betalningsort anses såsom äfven för löftesmannen förbindande. I förra fallet deremot, då löftesmannen utfäst betalning å viss tid och ort, som är annan än den af gäldenären bestämda, ett förhållande, som äfven i K. F. den 28 Juni 1798, § 4 förutsättes såsom möjligt, bör detta uttryckligen angifvas.

Till slut skola vi äfven nämna något om tvenne slag af borgen, hvilka i systemerna pläga anföras såsom sjelfständiga arter. I sjelfva verket äro de dock icke sådana, utan utmärka sig hufvudsakligen genom arten af de hufvudförbindelser, till hvilkas betryggande de blifvit ingångna. Det kan nemligen inträffa, att en borgenär, som redan antagit en löftesman, icke anser denne i och för sig erbjuda tillräcklig säkerhet, utan låter en annan ytterligare gå i borgen för den förste. För denne *fidejussor fidejussoris* sakna vi ett allmänt vedertaget svenskt namn, beroende derpå, att sådane löftesmän sällan ifrågakomma, då det ändamål, som med dem afses, till en del vinnes derigenom, att två personer ställa sig

såsom löftesmän vid sidan af hvarandra. Vi skulle vilja kalla en dylik borgensförbindelse *efterborgen* eller öfverborgen⁶⁾. För densamma blir hufvudlöftesmannens obligation till borgenären den hufvudförbindelse, hvartill den såsom accessorisk sluter sig. I vår lag nämnes intet om efterborgen, men hos författare antages allmänt, att en efterborgensmans förbindelse består deruti, att "när hvarken Debitor eller Fidejussor kan betala skulden, bör han betala Creditoren det som brister." Det behöfver knappt nämnas, att de af vissa myndigheter för löftesmän utfärdade s. k. vederhäftighetsintyg, hvilka förekomma t. ex. vid lån mot borgen i offentliga kassor, vid borgen för uppbördsmän etc., icke äro att betrakta såsom efterborgen, så att betygsutfärdaren i händelse af löftesmannens bristande vederhäftighet skulle sjelf blifva skyldig att betala. Dock kunna naturligtvis dylika intyg vara så affattade, att borgensansvarighet för utfärdaren uppstår⁷⁾. Preussiska lagen⁸⁾ innehåller detaljerade bestämmelser om de "stillschweigende Bürgschaften", som genom vederhäftighetsintyg kunna för utfärdaren uppkomma, särskildt när han mot bättre vetande eller af groft vållande skriftligen anbefalt någon till erhållande af kredit, som icke varit deraf förtjent.

Ordet *underborgen* tyckes numera hafva en så stadgad betydelse i det allmänna språkbruket, att det torde vara lämpligt äfven för den vetenskapliga terminologien att dermed ersätta det af somliga författare begagnade utländska

⁶⁾ Tyskarne kalla den *Afterbürgschaft* eller *Ueberbürgschaft*. Att benämna den *fidejussio indemnitis*, såsom NEURMAN, leder endast till begreppsförvirring; detta sistnämnda uttryck tillägga vi samma betydelse, som i romerska rätten, derur det är hemtadt, eller ungefär lika med enkel borgen.

⁷⁾ Se N. T. XII. 15. Under borgensmeningen tecknar tjänsteman: "För löftesmannens vederhäftighet ansvarar undertecknad såsom för egen skuld." K. M:t ansåg detta vara borgen, ty utfärdaren frikändes, "enär icke visadt vore, att långifvaren genom löftesmannens bristande vederhäftighet gjort någon förlust."

⁸⁾ A. L. R. I, 14, §§ 207—211.

ordet kontrakaution. Underborgen ⁹⁾ eger rum, när en person hos en löftesman åtager sig borgensansvar för den senares eventuella regressfordran hos hufvudgäldenären. I detta fall förutsättes således såsom hufvudskuld hufvudgäldenärens förbindelse att till den egentlige löftesmannen återbetala det, som denne kan hafva fått erlægga till borgenären. I motsats till efterborgen, som är ett aftal mellan borgenären och efterborgensmannen, är underborgen ett aftal mellan den egentlige löftesmannen och underborgensmannen, och borgenären har i de flesta fall alls ingen kännedom derom. Underborgen är af större praktisk betydelse än efterborgen och förekommer derföre oftare. I öfrigt förete dessa arter af borgen icke några egendomligheter. De kunna affattas både såsom enkel och proprie borgen.

VI.

Sedan vi nu sökt framställa förutsättningarne för att borgensansvar kan ega rum, följer i ordningen att taga i betraktande det närmare innehållet och omfånget af detta ansvar eller, med andra ord, att besvara frågan: för hvad häftar borgensmannen? En borgensmans ansvar är beroende af åtskilliga med hvarandra samverkande omständigheter, bland hvilka isynnerhet böra nämnas beskaffenheten af den obligation, som skall tryggas, innehållet eller lydelsen af den föreliggande borgensförbindelsen, samt naturligtvis lagens bestämmelser i hithörande fall. Vi skola derföre med förenadt afseende på alla dessa förhållanden söka besvara den framställda frågan.

Hvad då först beträffar *personlig* borgen, så kunna vi derom fatta oss kort, då detta slag af borgen ytterst sällan

⁹⁾ I tyska läroböcker användes till betecknande af detta begrepp ordet "Rückbürgschaft." Danskarne beteckna märkvärdigt nog med Rykborgen detsamma som tyskarnes Afterbürgschaft (efterborgen).

förekommer. Den som gått i borgen för en annan *person*, är blott skyldig att på bestämd tid och ort skaffa fram den ifrågavarande personen och är, om detta skett, saklös, d. v. s. fri från sin förbindelse. Kan han deremot icke framställa personen, så förbyter sig, på grund af lagens positiva bud i detta fall, borgensmannens förbindelse till en skyldighet att betala hans gäld¹⁾. — Vidkommande derefter borgen för annan mans "gäld", hvarmed vi förstå aftalsförbindelser i allmänhet, så torde det ej vara ur vägen att skilja mellan sådana förbindelser, som afse en prestation af generisk natur och sådana, som gå ut på en prestation af individuel, bestämd art.

En borgensmans ansvar för en obligation af förstnämnda beskaffenhet går i allmänhet ut på erläggandet af *samma* prestation, som är hufvudobligationens föremål. Vid obligationer af generisk natur består nemligen kreditors hufvudintresse deruti, att han erhåller den öfverenskomna prestationen, medan det för honom är af föga vikt, hvem som presterar densamma. Har derföre någon gått i borgen t. ex. för leveransen af en viss quantitet jern, så är han, i händelse debitorn ej fullgör aftalet, skyldig att leverera jern, utan att blifva fri från sin förbindelse genom att erlägga dess värde i penningar, med mindre kreditor samtycker dertill. De oftast förekommande förbindelserna af denna art äro naturligtvis på försträckning grundade skuldförbindelser, som ha en viss summa penningar till föremål. I allmänhet och såvida ej annat framgår af kontraktets innehåll är borgensmannen förbunden att betala just den summa, som hufvudförbindelsen innefattar. Ofta har dock borgensmannen uttryckligen inskränkt sitt ansvar antingen till en viss uppgifven summa eller ock till en *pars quota* af hufvudgälden, i hvilka fall hans ansvarighet naturligtvis derefter mätes. Skulle hufvudförbindelsen, sedan borgen därför ingåtts, på ett eller annat sätt hafva förminskats, bör detta i allmänhet äfven komma borgensmannen till godo.

¹⁾ Rättsfall i N. T. III. 123.

Får nu detta å ena sidan antagas såsom riktigt, så måste vi å andra sidan yrka, att *tillökningar* i hufvudgälden i regeln icke kunna utvidga borgensmannens ansvar. Redan af den allmänna kontraktslärans grundsatser kunna vi veta, att aftal mellan borgenär och gäldenär, ingångna efter borgensaftalets slutande, icke utan borgensmannens eget samtycke kunna ålägga honom någon ökad förpligtelse, (*alienam conditionem meliorem quidem ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse*)²⁾. Vidare synes man i allmänhet icke kunna utöfver hufvudobligationens ursprungliga innehåll utsträcka borgensansvaret till accessioner och annat, som sedermera tillkommit. I detta afseende fästa vi oss särskildt vid den accession till hufvudförbindelsen, som heter *ränta*. Man skiljer som bekant mellan öfverenskommen ränta (*usuræ conventionales*) och uppskofsränta (*usuræ ex mora*), och äfven vid fråga om borgensmans skyldighet att betala ränta å hufvudgälden är denna skilnad af vikt.

Hvad först beträffar *öfverenskommen ränta*, så behöfva vi här icke sysselsätta oss med de fall, då borgensmeningens ordalag tydligt gifva vid handen, att borgensmannen velat ansvara för såväl kapitalet som den derå utfästa räntan, ty kapitalet och räntan utgöra tillsammans den hufvudförbindelse, för hvilken borgensmannen åtagit sig ansvar, och någon utvidgning af borgensförbindelsen utöfver dess ursprungliga omfattning är dervid ej i fråga. Icke heller förorsakas någon villrådighet i den händelse att borgensmannen uttryckligen förklarar sig ansvara endast för kapitalet; hans tydligt uttryckta vilja lärer naturligtvis då till efterrättelse. Tvekan uppstår deremot vid sådana tillfällen, då af de begagnade uttrycken icke med bestämdhet framgår, huruvida borgen är inskränkt till kapitalet eller äfven omfattar den derå löpande räntan. Skall i detta fall den som borgat för hufvudförbindelsen, anses *eo ipso* hafva trädt i ansvarighet jem-

²⁾ I A. L. R. förekommer I, 14, § 330 ett uttryckligt stadgande i denna riktning.

väl för derå förskrifven ³⁾ ränta, eller ej? Utredningen häraf är en ren interpretationsfråga. Vi anmärka till en början, att borgensmans förbindelse att betala å hufvudgälden löpande ränta endast kan härledas ur hans vilja att inestå därför. Men lika litet som man af borgen för en del kan härleda borgen för det hela, lika litet får man göra den slutsatsen, att den som gått i borgen för kapitalet, äfven velat ansvara för räntan. Fastmera måste man utgå derifrån, att en vilja i detta hänseende icke är för handen, utan så vidt som dess existens genom ett tydligt uttalande är satt utom tvifvel. Vi anse därför i öfverensstämmelse med den restriktiva tolkningsmetodens grundsatser, att i tvifvelaktiga fall en borgensman svarar endast för kapitalbeloppet, icke för räntan. Således, för att välja några i handel och vandel förekommande uttryck, den som gått i borgen "för ofvanstående kapital af 1000 kr." eller "för ofvanstående 1000 kr." eller till och med "för ofvanstående kapital" bör ej komma att häfta för räntan. Det är dock ej nödvändigt, att ordet ränta skall i borgensmeningen vara nämndt, för att borgensmannen skall komma att ansvara därför. Sådana uttryck som "för ofvanstående förbindelse" o. d. torde för borgensmannen medföra ansvar jemväl för räntan, ifall hufvudförbindelsen är räntebärande.

En sådan tolkning som den nyss framställda synes vara den med sakens natur och vår lags anda bäst öfverensstämmande. I praxis har man ock städse varit af denna mening ⁴⁾. Lagk. och Lagb. ville deremot införa ⁵⁾ det stadgandet, att borgen för annans gäld skulle gälla såväl för hufvudstol som för ränta, der ej borgensmannen uttryckligen förbehållit sig att vara fri från räntan. Detta var, som man ser, just raka mot-

³⁾ Är, vid borgens ingående, ingen ränta utfäst, är det klart, att borgenär och gäldenär icke kunna genom senare aftal derom, förpligta borgensmannen. Se härofvän s. 51.

⁴⁾ Se Rättsfall i BACKMANS *Lags*, I. s. 583; BACKMANS *Handb.* s. 319; J. A. V. s. 115, XVII. s. 182, XXVII. s. 101; N. T. II. 144.

⁵⁾ H. B. 7: 1.

satsen till nu gällande lags mening. Lagb. gick till och med ännu längre, då hon föreslog, att "borgen, ändå att den ej å mer än hufvudstolen lyder" skulle gälla jemväl för ränta, som derå löper. Den af oss hyllade åsigten gäller äfven i den romerska rätten. Det heter nemligen ⁶⁾, att en fidejussor eller mandator endast behöfver betala ränta, "*si in usuras quoque obligatus est.*" Härmed öfverensstämmer den preussiska landsrätten der det stadgas ⁷⁾, att detal drig får presumeras, att borgensmannen utöfver kapitalsumman har förpligtat sig äfven för räntor, (afkomst, skada, kostnader, m. m.) Franska lagstiftningen utgår på det hela taget från samma uppfattning så till vida, att en borgensman häftar icke blott för hufvudstol, utan äfven för räntor, skada och kostnader, om han gått i god för en skuld i allmänhet, d. ä. utan inskränkning af sin förbindelse ⁸⁾.

Vända vi oss derefter till *uppskofsräntan*, så förstår man dermed den ränta, som en gäldenär, hvilken befinner sig *in mora*, är skyldig att betala till fordringsegaren. Den börjar naturligtvis att löpa från förfallodagen. I fråga om borgensmans skyldighet att gälda *usuræ ex mora* gälla icke de grundsatser, som äro tillämpliga på *usuræ conventionales*. Då ett borgensafstal slutes, inträder borgensmannen i ett mellan bestämda personer redan bestående obligationsförhållande. Han åtager sig att svara för en bestämd gäldenärs skuld, sådan som denna till följe af sitt förknippande med denna bestämda person gestaltar sig. Han måste derföre äfven ansvara för den gestaltning af hufvudgäldenärens förbindelse, som heter *mora solvendi*, samt för deraf uppkommande verkningar. Den närmaste verkan utaf debtors *mora* är, att han måste betala uppskofsränta, och vi kunna derföre uppställa den satsen, att borgensman, i händelse af debtors *mora*, är skyldig att betala uppskofsränta å hufvudgälden. Då skyldigheten

⁶⁾ L. 10. C. 8. 41. Jmfr l. 8. C. 4: 26.

⁷⁾ A. L. R. I, 14, § 259.

⁸⁾ Så tolkar åtminstone ZACHARIÆ, anf. st. s. 655, det i CC. art. 2016 förekommande uttrycket "*le cautionnement indéfini.*"

att betala öfverenskommen ränta blott kan grunda sig på borgensmannens eget åtagande, är deremot förbindelsen att erlägga uppskofsränta en gifven följd af ett, oberoende af borgensmannens vilja, inträffande juridiskt faktum, nemligen det i gäldenärens person inträdande *mora*. Skyldigheten att betala uppskofsränta, hvarigenom hufvudgälden onekligen utvidgas öfver sitt ursprungliga omfång, ligger *implicite* i sjelfva åtagandet att träda i borgen. Vill borgensmannen vara fri från denna skyldighet, är det nödvändigt, att han af borgenären uttryckligt förbehållit sig det. Det är derföre icke tillräckligt att gifva borgensmeningen en sådan lydelse som denna: "för ofvanstående 1000 kr. etc.", ty af ett sådant åtagande följer äfven skyldigheten att ansvara för sådana i gäldenärens person inträdande fakta, som medföra en utvidgning af hans förbindelse. Här visar sig också tydligt skilnaden mellan öfverenskommen ränta och uppskofsränta ⁹⁾. Att denna uppfattning är riktig har äfven i lagskipningen blifvit till en del erkändt ¹⁾.

⁹⁾ Bland författare inom romerska rätten har förr rådt stor meningsskiljaktighet rörande löftesmans skyldighet att gälda ränta. Den rådande åsigten är dock numera den här framställda. Så WINDSCHEID, ARNDTS, GIRTANNER, m. fl. För denna mening tala ock l. 24. § 1. D. 22. 1, l. 10. D. 46. 6. Andra författare behandla deremot "vertrag-mässige Zinsen" och "Verzugzinsen" gemensamt och ålägga borgensman att betala ränta endast, "*si in omnem causam sese obligavit*". En särskild ståndpunkt intages i denna fråga af HASENBALG, (anf. st. s. 265—278), hvilken visserligen vill göra borgensmannen ansvarig för öfriga af gäldenärens *mora* härflytande verkningar, såsom "*perpetuatio obligationis*," "*fructus*," "*lucrum cessans*," m. m., men håller före, att den romerska rätten med afseende på *usura ex mora* gör ett undantag. Detta grundar sig — det erkänner han — ej så mycket på någon *inre* grund som på den yttre omständigheten, att denna verkan af *mora* visar sig under form af ränta, och förbindelsen att betala ränta är för den romerska rättsuppfattningen icke en organisk utveckling af gäldens innehåll, utan erfordrar en särskild viljoakt af debitor. Derföre kan ej heller en borgensman, utan uttryckligt åtagande, förpligtas att erlägga ränta å hufvudgälden, och detta gäller lika så väl *usura conventionales* som *usura ex mora*.

¹⁾ Se härom tvenne rättsfall i BACKMANS *Handbok*, s. 319.

Kostnaden för lagsökning af gäldenären är äfven en accession eller ett bihang till hufvudgälden, hvarom fråga kan uppstå, huruvida den af borgensmannen bör gäldas. I allmänna inrättningar, som drifva stor utlåning mot borgen, brukas det gemenligen, att löftesmannen uttryckligen förbinder sig att gälda äfven den kostnad, som borgenären möjligen nödgas göra å lagsökning af gäldenären. Detta torde ock i allmänhet vara det för fordringsegaren säkraste. Möjligen skulle dock den som ingått enkel borgen, äfven utan ett sådant åtagande, kunna kännas skyldig att betala kostnaden för hufvudgäldenärens lagsökning. Det ligger just i enkel borgens väsen, att gäldenären först lagsökes. Då löftesman skall betala det gäldenär ej gälda gitter, och säkert är, att gäldenären, om hans tillgångar det medgifvit, sjelf fått betala lagsökningskostnaden, förefaller det oss, när dertill kommer, att löftesmannen på förhand känner denna procedur, som om efter vår lag den som ingått enkel borgen, vore skyldig att ansvara äfven för lagsökningskostnaden mot gäldenären. Att ålägga proprielöftesman denna kostnad synes deremot obilligt, då det står borgenären fritt att genast söka löftesmannen²⁾. — Den kostnad, som uppkommer genom lagsökning mot löftesmannen sjelf, kan han ej undgå att ersätta, men detta följer af vår lags stadganden om rättegångskostnader.

Har borgensman varit nog oförsigtig att teckna borgen, utan att ega kännedom om hufvudförbindelsen eller utan att tillse, att tillfälle ej beredes att höja dess belopp, så har han sig sjelf att skylla, om han får svara för förbindelsen äfven i dess förändrade eller tillökta form. Det har nyligen förekommit ett fall, då personer tecknat borgen för en skuld af 500 kronor, (skrifvet med siffror och tomrum lemnadt bredvid),

²⁾ Lagk. och Lagb. uppställa om lagsökningskostnaden samma föreskrifter som angående räntan. Lagb. vill dock, att borgensmannen skall underrättas om lagsökningen, på det han må sättas i tillfälle att genom borgenärens förnöjande undvika ytterligare kostnader i högre instanser.

hwarefter gäldenären tillsatt en nolla och skrifvit "femtusen" i tomrummet. I borgensmeningen var ej summan utsatt, blott "för ofvanstående förbindelse." Borgensmännen fingo ock, enär kontraktets utseende ej gaf ringaste anledning att miss-tänka den gjorda förändringen, svara för förbindelsen i hela dess vidd ³⁾).

Är åter föremålet för hufvudgäldenärens förbindelse en prestation af *individuel* beskaffenhet, den må nu afse ett *dare* eller ett *facere*, så är det klart, att borgensmannens ansvar därför närmast går ut på, att gäldenären sjelf uppfyller sin pligt eller att löftesmannen gifver ersättning, om gäldenären icke fullgör sin förbindelse ⁴⁾). Det är derföre, om hufvudgäldenären förbundit sig till en viss personlig verksamhet, icke tillräckligt, att borgensmannen sjelf förrättar samma arbete, men då det i detta fall kan bli svårt att bestämma ersättningens storlek, torde det vara enklast att förut bestämma ett belopp, som borgensmannen, i händelse af debtors oförmåga eller underlåtenhet, har att utreda. — Nära beslägtade med de nu nämnda äro obligationer, som grunda sig på arrendekontrakt. Ehuru afraden eller arrendeaftal vanligen är af generisk natur, så att det för jordegaren är likgiltigt af hvem densamma erlägges, äro likväl andra arrendatorn åliggande skyldigheter af den beskaffenhet, att jordegaren ej kan vara förbunden att mot sin vilja låta annan man uppfylla dem. Brister arrendatorn i uppfyllandet af sin förbindelse, bör löftesmannen derföre gifva jordegaren full ersättning. — Ofta händer det vid borgen för arrendeaftal, att löftesman inskränker ansvarighetstiden till vissa år. Har han då helt enkelt åtagit sig att ansvara för rigtiga erläggandet af dessa årens arrendesumma, kan naturligtvis ej mera eller

³⁾ Detta rättsfall är refererad i N. T. XIV. 112. Se derjemte IX. 96 af samma Tidskrift och J. A. XX. s. 159.

⁴⁾ Lagk. H. B. 7: 21, Lagb. 7: 24: Borgar man för någons förbindelse, som för annat än gäld gifven är — — — fullgöre då borgesman förbindelsen, der det ske kan, eller gifve till den rättäggande fullt skadestånd.

annat fordras af honom än så mycket af afraden, som belöper sig på den af honom sjelf bestämda terminen. Intet som faller utom dess gränser, kan innefattas i hans ansvarighet. Men har löftesmannen, på samma gång han begränsat sin ansvarighet inom en viss del af arrendetiden, åtagit sig att innestå, ej mindre för arrendesummans rigtiga erläggande än äfven för alla öfriga arrendatorn enligt kontrakt åliggande förbindelser, kunna förhållandena, såsom ett färskt exempel visar ⁵⁾, gestalta sig så, att en rättvis tolkning af borgensför-

⁵⁾ Se N. T. XIII. 132. Det på detta ställe refererade rättsfallet är märkvärdigt såsom anledning till Högsta Domstolens första *plenum* och af särskild betydelse i en tid, då antalet för kronans räkning utarrenderade hemman är i ofantlig tillväxt, hvarför vi tillåta oss i korthet återgifva det. Militieboställe utarrenderas på 20 år genom kontrakt, hvari arrendatorn förbinder sig, dels att på viss tid erlægga det stadgade arrendet, dels att, i den händelse han genom eget förvållande blefve från arrendet skild, ersätta för den återstående arrendetiden möjliga skilnaden mellan den kontraherade arrendesumman och högsta antagliga anbudet vid en blifvande arrendeauktion. Tvenne proprielöftesmän förbinda sig "att under 5 år ansvara ej mindre för rigtiga erläggandet — — af — — arrendet än jemväl för uppfyllandet af alla öfriga genom kontraktet arrendatorn ålagde skyldigheter och förbindelser." Arrendatorn blir före de fem årens förlopp skild från arrendet, och tvisten, som med anledning deraf uppstår, afgöres i H. D. med 8 röster, hvaribland äldste ledamotens, mot 8 så, att löftesmännen åläggas gälda skilnaden mellan kontraherade arrendesumman och det erhållna anbudet, icke allenast för återstående delen af de fem åren, utan äfven för hela den öfriga arrendetiden. Vi hålla före att detta resultat ock var det rigtiga. Löftesmännen hade här, såsom så ofta sker, underlåtit att med tillräcklig tydlighet bestämma vidden af sitt ansvar. De begagnade ordalagen voro sådana, att om icke löftesmännens ansvar för arrendatorns skyldighet att, i händelse han blefve från arrendet skild, ersätta den eventuella arrendeskilnaden för alla de återstående arrendeåren, skulle blifva fullkomligt meningslöst, de måste anses innefatta samma skyldighet för löftesmännen. Ty huru vill man eljest förstå ett ansvar "under fem år" för en skyldighet, som under dessa år uppkom, och om hvilken löftesmännen på förhand visste, att den sträckte sig utöfver de fem åren till alla de följande arrendeåren? Arrendatorns skyldighet att ersätta skilnaden för alla arrendeåren uppkom i hela dess vidd i samma ögonblick det visade sig, att en skilnad uppstod. För denna skyldighet hade löftesmännen gått i borgen.

bindelsen blifver svår nog. — För öfrigt bör det anmärkas, att hvad som härofvan blifvit sagdt angående ränta, lagsökningskostnader m. m. vid borgen för generiska prestationer, i tillämpliga delar gäller äfven ifråga om borgen för prestationer af individuel art.

VII.

Vi hafva förut framhållit såsom en oeftergiffig fordran för ett borgensförhållandes uppkomst, att en hufvudförbindelse existerar, till hvars betryggande borgensaftalet slutes. Denna fordran grundar sig i rättsinstitutets eget väsen, så att en borgen kan icke tänkas derförutan. Af denna grundsats, som icke af någon torde förnekas, har man dragit den konsekvens, att med upphörandet af hufvudförbindelsen äfven borgensförbindelsen upphäfves, och man har derföre tillerkänt borgensmannen rätt att begagna sig af hufvudgäldenärens invändningar mot kreditors anspråk. Denna sistnämnda sats har inom hithörande litteratur framkallat olika meningar, dels angående den egentliga grunden för densamma, dels i fråga om huru långt den finge utsträckas. Vår lag lemnar ej något bidrag till besvarandet af dessa spörsmål. Så mycket större lemnas af den romerska rätten och dess litteratur. Åtskilliga ställen i denna lag framhålla klart och bestämdt ofvannämnda grundsats om borgensmans rätt att emot kreditor ställa invändningar hemtade ur hufvuddebitors person. Så heter det l. 19. D. 44. 1: *Omnes exceptiones, quæ reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt*; och l. 32. D. h t.: *Ex persona rei, et quidem invito reo, exceptio et cætera rei commoda fidejussori cæterisque accessionibus competere potest*. I Inst. IV. 14. § 4 förekommer: *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus*. Ehuru grundsatsen i de båda sist anförda ställena på det hela taget godkännes, finner man dock lätt, att den icke kan tillämpas så utan all begränsning som

det förstnämnda lagrummet synes medgifva. Mellan dessa exceptioner göres i allmänhet af författarne i romerska rätten en åtskilnad. Det finnes nemligen somliga, hvilka redan vid den tid då borgensmannen inträdde i obligationsförhållandet, stodo hufvudgäldenären till buds och som alldeles tillintetgöra hufvudförbindelsen. Dessa tillkomma borgensmannen på grund af hans accessoriska förhållande, om hvars verkan, så länge det blott gäller borgensaftalets uppkomst, alla äro ense. Af de invändningar, som först efter borgens ingående blifva för hufvudgäldenären grundade, beror en del på sådana omständigheter, som verka befriande för alla korrealgäldenärer, såsom *frikännande dom* öfver endera och *ed* gången af endera (*res judicata, jusjurandum*) ⁶⁾. Andra åter tillkomma borgensmannen på grund af *beneficium excussionis*, i alla de fall nemligen, då kreditor genom sin egen försummelse blifvit ur stånd att indrifva sin fordran hos debitor, vare sig, att han förlorat sin *actio* eller han uraktlåtit att söka gäldenären, medan denne ännu var solvent. *Exceptio excussionis* säges då få en peremptorisk verkan; eljest är den endast dilatorisk. Alla de öfriga — och det är just angående dem, som författarne hysa så olika åsikter — anser GIRTANNER ⁷⁾, den egentlige grundläggaren af denna lära, tillkomma borgensmannen i följd af hans regressförhållande till gäldenären och endast, om han har regress till honom. Regressförhållandet, eller borgensmannens rätt att efter gjord betalning njuta motsvarig ersättning af hufvudgäldenären, är icke något för borgen karakteristiskt; det tillkommer icke borgensmannen såsom sådan, utan är beroende af omständigheter, som äfven vid andra rättsförhållanden ⁸⁾ kunna förefinnas. Att dessa exceptioner sägas bero på borgensmannens regressrätt eller omvänt debtors regresspligt, betyder med andra ord, att de få af borgensmannen användas endast i det fall, att det ligger i debtors intresse, att borgensmannen icke sökes. Detta är

⁶⁾ L. 42. § 3. D. 12. 2.

⁷⁾ Anf. st. s. 39 o. f.

⁸⁾ T. ex. vid korrealobligationer, l. 21. § 5. D. 2. 14.

just förhållandet, när borgensmannen har regress⁹⁾, ty eljest skulle dessa invändningar, som i främsta rummet tillkomma debitor sjelf, i stället för att gagna honom, lända honom till skada, ifall han väl vore skyddad mot kreditors talan, men dock förbunden att till den löftesman, som måst betala, erlægga hvad denne utgifvit. Har borgensmannen icke regress, såsom då han *donandi causa* gått i borgen, är det för debitor likgiltigt, om borgensmannen får betala eller ej, då han nemligen icke eger framställa något ersättningsanspråk mot debitor. På grund häraf har den *donandi animo* borgande löftesmannen icke rätt att framställa de invändningar, hvilkas förutsättning är regressförhållandet.

Mot denna GIRTANNERS mening, som i hufvudsak omfattas af v. VANGEROW, SEUFFERT, PUCHTA, ARNDTS, WINDSCHEID, m. fl. uppträder HASENBALG¹⁾ med den åsigten, att borgensmannen har befogenheten att nyttja invändningar ur gäldenärens person just på grund af sin egenskap af borgensman. Han skyddas, emedan han är borgensman, emedan han i gäldenärens intresse har lagt på sig dennes förbindelse, emedan han, i det han bär denna förbindelse, visar sig såsom gäldenärens andra jag. Skilnaden mellan båda meningarne, säger H., ligger i öppen dag. Den senare vill skydda borgensmannen för hans egen skull. Just emedan han är skyldig en främmande skuld, hvilken, ehuru han är skyldig den, dock förblifver en främmande, skola — af billig hänsigt dertill, att skulden icke vidlåder honom såsom hans egen, — alla skyddande fakta, som inträda i hufvudgäldenärens person, också bereda borgensmannen skydd. Från G's ståndpunkt äro dessa betraktelser fullkomligt betydelselösa. Lagstiftaren vill, enligt G., icke, åtminstone närmast, visa borgensmannen något särskildt undseende. Han vill, genom att tillstådja borgensmannen att betjena sig af invändningar ur gäldenä-

⁹⁾ Denna grund angifves ock i förut cit. Inst. IV. 14, § 4. — *quia quod ab iis [fidejussoribus] petitur id ab ipso debitore peti videtur; quia mandati judicio redditurus est eis, quod pro eo solverint.*

¹⁾ Anf. st. s. 296 o. ff.

rens person, blott skydda gäldenären sjelf, så till vida som borgensmannen, om han nödgats uppfylla förbindelsen, skulle hafva kunnat hålla sig till honom med en ersättningsfordran. Blott för att afvända detta ersättningsanspråk från gäldenären, tillåtes borgensmannen, att nyttja gäldenärens invändningar. Tydligtvis kan då denna befogenhet endast inrymmas åt en regressberättigad borgensman. Den är ej någon egen rätt, som borgensmannen utöfvar i sitt intresse, utan är honom tillerkänd för att begagnas just då, när gäldenärens intresse så fordrar.

Att steg för steg följa H. i hans vederläggning af G's mening skulle emellertid föra oss för långt. Vi anmärka dervid blott, att H. först gendrifver den fundamentalsats, hvarpå hela G's bevisning hvilar, att nemligen hvarje borgensman, redan innan han betalt för gäldenären, egde rätt att fordra, att denne skulle befria honom från den öfvertagna förbindelsen och följaktligen, hvad mindre var, till honom afträda sina invändningar ²⁾. Derefter visar han, att äfven den, som *donandi animo* gått i borgen, har rätt till debitors invändningar. Kreditors rätt att hålla sig till borgensmannen kan omöjligt göras beroende af en för det dem emellan slutna aftalet så främmande omständighet, som den huruvida borgensmannen har för afsigt att förpligta gäldenären eller göra honom en gåfva. Detta hvarken kan eller behöfver kreditor veta. De af G. anförda lagställen, som skenbart tyckas strida deremot ³⁾, äro i sjelfva verket icke tillämpliga på denna fråga, enär de afse en borgensman, som vill donera, icke åt debitor, utan åt kreditor. Att en sådan icke kan betjena sig af invändningar ur debitors per-

²⁾ Detta rättsligt uttvingbara afträdande af exceptionerna, som hvilade på den falska förutsättningen, att borgensmannen, vare sig han handlade med eller utan uppdrag, redan med blotta öfvertagandet af gäldenärens förbindelse fullgjort sitt värf, skulle dessutom genom en fiktion anses ha skett af sig sjelf, utan någon rättslig akt, hvilket ock förefaller konstladt.

³⁾ L. 9. § 3. D. 14. 6, 1. 5. pr. D. 34. 3. m. fl. st.

son, är klart, då denna hans afsigt just innebär en afsägelse af dem. H. kommer således till det resultat, att borgensmannen, vare sig han har regress eller ej, har rätt att begagna debtors invändningar, och detta på den enkla grund, att han är borgensman.

Hvad sedan vår svenska rätt beträffar, så måste vi, då vår lag härutinnan icke erbjuder någon ledning, bedöma saken efter inre grunder, hemtade ur borgensaftalets natur och ändamål. Dessa skola då föra oss till ungefär samma resultat, hvartill H. för den romerska rätten kommit. Först och främst synes oss regressförhållandet, såsom det här ofvan karakteriserats, icke heller efter svensk rätt kunna vara den rigtiga grunden till borgensmannens ifrågavarande rättighet. Ihågkommer man, att borgensmannens rätt eller icke-rätt i detta hänsende är en sak, som närmast drabbar borgenären, att det är han som derpå kommer att vinna eller förlora, så är det tydligen origtigt att reglera borgensmannens kontraktsevenliga förpligtelse gentemot borgenären efter omständigheter, som väl äro af stor betydelse gäldenär och borgensman emellan, men icke kunna utöfver detta förhållande sträcka sina verkningar till förhållandet mellan borgenär och löftesman. Ej heller fins det något skäl att neka en borgensman rätt till dessa invändningar, blott derföre att han haft för afsigt att göra gäldenären en gäfv och således icke har någon regress till honom. En gäfv innebär alltid ett utvidgande af omfånget för gäfvotagarens förmögenhet, detta må nu ske positift genom en öfverflyttning af något förmögenhetsobjekt, eller negatift genom befrielse från en densamma vidlådande skuld. Skulle nu en borgensman, som vill bereda gäldenären en dylik förmån, icke hafva rätt att åberopa förhållanden, som inträdt i gäldenärens person och upphäfva eller försvaga hans förbindelse, utan vara tvungen att hos kreditor fullgöra den, så skulle hans afsigt icke uppnås, ty genom att för gäldenären uppfylla en förbindelse, som redan är upphäfd, gör borgensmannen icke honom någon nytta. Att för annan man infria en skuld, som denne icke är skyldig

att betala, är ej någon gåfva till honom. Om så likväl skedde, skulle borgenären vara den, som derigenom gjorde en vinst.

I stället för att lägga regressförhållandet till grund för löftesmannens rätt att emot borgenärens anspråk framställa invändningar ur gäldenärens person, kan man, enligt vår mening, enklast deducera denna befogenhet på följande sätt: Löftesmannen åtager sig gentemot borgenären en förpligtelse, som har till innehåll fullgörandet af den förbindelse, hvori en viss gäldenär står till samma borgenär. Löftesmannens förpligtelse afser icke en liknande (lika stor) förbindelse i allmänhet, utan omfattar just den ifrågakvarande förbindelsen, i dess konkreta form såsom en obligation mellan denne kreditor och denne debitor. Det är derföre tydligt, att den tager intryck af, liksom bildar sig efter, de skiftningar i hufvudförbindelsen, som på hvarjehanda sätt kunna deri uppstå. Af denna anledning får borgensmannen, såsom vi häröfvan närmare utvecklat, vidkännas följderna af sådant gäldenärens förfarande, som måste medföra en utvidgning af obligationsinnehållet ⁴⁾. Och af alldeles samma skäl böra de modifierationer uti hufvudförbindelsen, som äro till gäldenärens förmån, äfven komma borgensmannen till godo. Det vore föga rättvist och konsekvent att förklara borgensmannen ansvarig för i gäldenärens person inträdande oförmånliga förhållanden, — och annat sattes ej i fråga —, men fränkänna honom rätten att till sitt skydd begagna de för gäldenären gynsamma förhållanden, som kunna förefinnas ⁵⁾.

Häremot må man icke anföra, att den säkerhet för fordringsegaren, som med borgen afses, på detta sätt eluderas, ty borgensmannens åtagande går ej ut på annat än att af gäldenärens skuld betala så mycket, som han sjelf icke beta-

⁴⁾ Genom aftal mellan gäldenär och borgenär kan dock icke löftesmannens förbindelse *utvidgas*. Se ofvan, s. 51.

⁵⁾ HASENBALG yttrar, anf. st. s. 312: "Wesshalb, wenn man ihm die Ungunst zuwendet, die Gunst ihm versagen". Den häröfvan framställda uppfattningen delas äfven af AFZELIUS, *Om Cession*, etc. s. 45. "Liksom löftesmannens pligt grundas på det rättsförhållande, i hvilket han inträdt, härledes också derur hans rätt."

ler, men ingalunda att ansvara för hvad denne icke är skyldig att betala. Det finnes likväl intet hinder för, att en löftesman kan förbinda sig att hålla borgenären skadeslös just för det möjliga inträffandet af händelser, som förläna gäldenären giltig invändning mot att betala, och att löftesmannen i detta fall icke eger betjena sig af de invändningar, som stå gäldenären till buds, är sjelfklart. — Vi skola nu genomgå några af de oftast förekommande fall, der löftesmannen, med stöd af förhållanden, som upphäfva, förminska eller försvaga gäldenärens förbindelse, i allmänhet kan göra giltig invändning mot att betala. Till underlättande af öfversigten skilja vi mellan de fall, der det förhållande, hvarpå borgensmannen kan stödja sin invändning, redan vid borgens ingående existerade, och de fall, der sådant förhållande först efter löftesförbindelsens afslutande uppkommer.

Till de förra räkna vi då i främsta rummet de fall, då ingen hufvudförbindelse egentligen finnes, derföre att den redan genom betalning eller liknande uppgörelse upphäfts. Borgensmannen kan då göra *exceptio solutionis*. Vidare höra hit sådana fall, der hufvudförbindelsen har till föremål något osedligt eller olagligt, då naturligtvis icke heller den för densamma ingångna borgen har någon giltighet. Sådant är utan tvifvel, ehuru vår lag ej derom innehåller något stadgande, förhållandet med skuldförbindelser, som grunda sig på spel och vad ⁶⁾. Af samma skäl blir borgen för förbindelser, som grunda sig på i brännvinsförsäljningsförordningen förbudna handlingar, såsom utskänkande af brännvin till minderåriga eller öfverlastade, alldeles ogiltig. Äfven vid förbindelser, som äro ogiltiga derföre, att gäldenären blifvit tvungen eller förledd att åtaga sig dem, kan löftesmannen undandraga sig betalning genom "*exceptio vis et metus*," eller "*exc. doli*" ⁷⁾. Dessa invändningar, som grunda sig på otillåtna aftal få icke af löftesmannen eftergifvas.

⁶⁾ Jmfr Lagk. H. B. 3: 20. Lagb. H. B. 3: 23, 24.

⁷⁾ Att detta vid löpande skuldebref eller s. k. innehafvarepapper kan blifva modifieradt, visar AFZELIUS, anf. st. s. 71 o. f.

Bland de obligationer, i hvilka redan vid borgens ingående en brist förefinnes, hvarpå borgensmannen kan bygga en invändningstalan, finna vi vidare sådana, som icke medföra någon *civil* talan. Anledningen till en sådan brist hos hufvudförbindelsen kan vara flerfaldig, såsom att den är preskriberad eller prekluderad eller ingången af person, som icke egt förmåga att ingå bindande aftal, eller afser betalning för vid utskänkning utborgadt bränvin ⁸⁾ o. s. v.

Vid dessa obligationer yttrar vår lag, att "borgenären förlorat sin talan", att "han ej är berättigad söka betalning", att "de ej skola ega någon förbindelse till betalning". I fråga om löftesmans rätt att på dylika förhållanden grunda invändning mot att betala, tro vi, att man bör skilja mellan de fall, då löftesmannen vid borgensaftalets ingående *har kännedom* om hufvudförbindelsens bristande rättskraft, och de fall, då han är *okunnig* derom. I förra fallet har löftesmannen *icke* rätt att af denna anledning anföra invändning mot borgenärens kraf, i det senare eger han denna befogenhet. Det måste nemligen antagas, att den som, med vetskap om att en gäld är preskriberad eller prekluderad eller att gäldenären är t. ex. minderårig, det oaktadt ikläder sig borgensansvar derför, han har dermed velat till borgenärens förmån afsäga sig de på gäldens ofvannämnda beskaffenhet grundade, honom eljest tillkommande invändningar, en afsägelse, till hvilken han är fullt berättigad. Det finnes i vår lag intet hinder för att en person med fullt förpligtande verkan åtager sig en förbindelse som en annan endast ofullkomligt är skyldig att uppfylla. Vill man ej åt borgensförpligtelsen gifva denna verkan, blir hela aftalet ett narrspel utan förnuftig mening. — Det sagda gäller emellertid endast *proprie* borgen; att ikläda sig enkel borgen för en förbindelse som ej kan utsökas, är en orimlighet, en motsägelse ⁹⁾.

⁸⁾ Se K. F. den 18 September 1874, angående försäljning af bränvin, § 33.

⁹⁾ SCHREVELIUS, anf. st. s. 672, är af annan mening. Jmfr dock s. 346.

Hvad särskildt beträffar skuldebref utgifna af omyndiga, så innehåller väl K. F. d. 7 Juni 1749, § 4, att sådana skola icke ega någon förbindelse till betalning och böra således icke inlösas. Detta verkar dock icke befriande för den om gäldenärens omyndighet underrättade borgensmannen, utan för så vidt det kan visas, att den omyndige blifvit svikligt förledd att gifva skuldebref ut, ty då kan borgensmannen, såsom förut är anmärkt, derpå stödja sin invändningstalan. Ofvannämnda förordning har, såsom det i ingressen heter, för ändamål att hämma hvarjehanda med ungdomen föröfvade bedrägerier, men icke att med förlust af fordringsrätten bestraffa hvar och en, som i god tro inlåter sig i aftal med en omyndig. Detta skulle bli följden, om icke ens borgensmannen för omyndigs gäld kunde sökas.

Är åter borgensmannen okunnig om, att den hufvudförbindelse, hvarför han borgar, är behäftad med sådana brister, som de ofvannämnda eller andra, hvilka försvaga dess rättskraft, så tro vi, såsom redan är nämnt, honom hafva full rätt att på grund af dessa brister göra invändning mot borgenärens kraf. Utom hvad förut i allmänhet blifvit taladt om det orimliga i att en borgensman skulle betala en skuld, hvilken, såsom t. ex. preskriberad, på sätt och vis kan sägas icke mera existera, må det här tilläggas, att det åtminstone icke får presumeras, att en borgensman skulle vilja förbinda sig att ansvara för en gäld, för hvilken han icke skulle hafva regress till gäldenären. Kan det derföre icke af borgenären bevisas, att löftesmannen egt kunskap om skuldförbindelsens bristande rättskraft, så bör det anses, att löftesmannen sväfvat i en så väsendtlig villfarelse om den åtagna förpligtelsens beskaffenhet, att han har giltiga anspråk att blifva derifrån befriad. Vi kunna således icke dela den från romerska rätten¹⁾ hemtade åsigten, att löftesman ej har rätt att begagna sig af jäf, som härleder sig från rent personligt förhållande hos gäldenären, såsom t. ex. att han är omyndig.

¹⁾ Man skilde i romerska rätten mellan *exc. rei cohærentes* och *exc. personæ coh.*

Om löftesmannen vet detta, så är det, äfven efter vår mening, fullt riktigt att fränkänna honom denna rätt; vet han det icke, så bör han lika väl, då gäldenären är omyndig, som då gälden är preskriberad, tillerkännas ifrågavarande rättighet. I beggedera fallen, såväl då hufvudförbindelsens bristfällighet är en följd af gäldenärens personliga oförmåga att kontrahera som då den saknar full rättskraft på grund af sin objektiva beskaffenhet, inträder borgensmannen, sjelf derom okunnig — ty detta är den gemensamma förutsättningen, — i en obligation, som icke medför civil talan mot gäldenären. Vår lag känner icke mer än ett slag af sådana obligationer; art- eller gradskilnad dem emellan finnes icke, fastän grunden till deras bristande rättskraft kan vara olika. Borgensmannens skyldigheter kunna derföre ej heller blifva olika stora, i ena och andra fallet. — Då man såsom en följd af den sjelfständiga ställning, en proprielöftesman förmenats intaga till hufvudförbindelsen, velat göra åtminstone honom fullt ansvarig för en icke civil obligation, så saknar denna mening berättigande, enär, såsom ofvan är visadt, proprieborgen endast i de af lagen sjelf uppgifna hänseenden följer andra regler än enkel borgen ²⁾.

Vi öfvergå nu till de tillfällen, då löftesmannen eger göra invändning mot att betala till följe af förhållanden, som först efter borgensaftalets ingående inträffat med hufvudförbindelsen, och vända oss först till det fall, då hufvudförbindelsen blifvit preskriberad. Att borgenären icke heller mot löftesmannen kan i detta fall göra någon rätt gällande, erkännes såväl af Lagberedningen som af våra svenska författare ³⁾. Den dansk-norska och den preussiska rätten äro, hvad beträffar proprielöftesmannen, af motsatt mening ⁴⁾. För vår

²⁾ Se LINBLAD, anf. st. s. 70. Af motsatt mening synes SCHREVELIUS vara, anf. st. s. 346.

³⁾ Se Lagb. Motiv till H. B. s. 34, SCHREVELIUS, anf. st. s. 679, OLIVECRONA, *Föreläsningar öfver obligationsrätten*, (öfverttryck) s. 678, NORDLING, *Om Präskription*, s. 116, AFZELIUS, anf. st. s. 45.

⁴⁾ Se GRAM, anf. st. s. 779, HALLAGER, anf. st. s. 387, A. L. R. I, 14, §§ 391, 393.

svenska rätt anse vi ej nödigt att i detta afseende skilja på enkel och proprieborgen. — I ett annat fall, som plägar afhandlas i sammanhang med det föregående, nemligen angående löftesmans rätt att vägra betalning, om borgenären underlåter att bevaka fordran i gäldenärens konkurs, hafva deremot våra svenska rättslärare varit af olika mening. SCHREVELIUS ⁵⁾ antager, och detta med rätta, att endast den som gått i enkel borgen, kan af borgenärens underlåtenhet i detta afseende få rättmätig anledning att vägra betalning. Men detta är blott en följd af omöjligheten att utan bevakning i konkursen konstatera gäldenärens oförmåga att betala den ifrågavarande gälden. Proprielöftesman ansvarar deremot antingen bevakning skett eller ej ⁶⁾. LINDBLAD ⁷⁾ och OLIVECRONA ⁸⁾, som förneka detta, utgå från den tydligen origtiga föreställningen, att en gäldenärs skulder vid konkurs förfalla eller blifva för alltid prekluderade. Som bekant stadgar vår nu gällande konkurslag i sin 32 §: Gäldenär svare — — till fulla gälden, ehvad den i konkursen är bevakad eller icke, och 1830 års konkurslag innehöll i § 40 ett liknande stadgande. Då således skulden icke genom konkursen annulleras, i hvilket fall äfven vi skulle velat befria proprielöftesmannen, och då borgenären eger att genast söka proprielöftesmannen, kan denne senare icke af borgenärens bevakningsförsummelse härleda någon grund att blifva från sin borgen fri. Dertill kommer att numera, genom konkurslagens 11 6§, medgifvits löftesman rätt att jemte borgenären sjelf bevaka sin eventuella fordran, hvilket vore öfverflödigt, om borgenären genom försummad bevakning förlorade sin rätt mot honom. — Har borgenären eftergifvit sin fordran mot gäldenären, kan han ej heller hålla sig till löftesmannen; hufvudförbindelsen måste anses hafva genom en sådan åtgärd fullständigt upplösts. Om en borgenär der-

⁵⁾ Anf. st. s. 674.

⁶⁾ Denna mening är ock i praxis uttalad. Se K. D. d. ²⁸/₁₂ 1832 i BACKMANS Handb. s. 318.

⁷⁾ Anf. st. s. 70.

⁸⁾ Anf. st. s. 667.

emot endast eftergifvit någon särskild rättighet t. ex. en säkerhet, som af gäldenären, innan borgensmannen inträdde i rättsförhållandet, blifvit stäld, blir frågan något mera tvifvelaktig. Att enkel borgen under sådana förhållanden icke medför något ansvar, förrän visadt är, att ej heller den eftergifna säkerheten varit tillräcklig till gäldens betalning, torde få anses gifvet ⁹⁾ Deremot antaga vi, att en proprielöftesman som sökes, icke undgår att strax betala genom att göra invändning om, att den af gäldenären ställda säkerheten icke bort eftergifvas, såvida han ej åtagit sig borgen under uttryckligt förbehåll, att denna säkerhet först användes. Proprielöftesmannen kan strax sökas och måste betala, om blott en hufvudförbindelse finnes till; genom eftergifvandet af ett accessorium upplöses icke den principala förbindelsen. Lagerberedningen ¹⁾ föreslår, att om säkerhet, som borgensmannen känd var, då han i borgen gick, genom borgenärens vållande går förlorad, borgensmannen skulle vara fri för så stor del af gälden, som mot säkerheten svarade, men detta torde icke, hvad proprielöftesmannen vidkommer, efter nu gällande lag vara riktigt, utom för det fall att han betingat sig denna rättighet. En dylik förmån skulle icke öfverensstämman med naturen af den förbindelse, en proprieborgensman åtager sig gent emot fordringsegaren. — Underlåter en borgenär att vid förfallotidens utgång lagsöka gäldenären, bör den, som för samma gäld iklädt sig enkel borgen, hafva rätt att vara sin borgen qvitt. Det kan nemligen icke medgifvas borgenären att godtyckligt uppskjuta gäldenärens lagsökning så länge, att gäldenären, som vid förfallodagen möjligen var solvent, icke mera eller icke helt och hållet kan infria sin förbindelse. Att borgenären dock kan dröja någon kortare tid, får man väl antaga; huru länge han det kan, blir en *quæstio facti*. I fråga om proprieborgen finnes i K. F. d. 28 Juni 1798 det positiva stadgandet, att proprielöftesman för betalning af an-

⁹⁾ Så har ock i praxis varit antaget, se N. T. XII. 110.

¹⁾ H. B. 7: 22.

nans gäld å viss förfallodag blir fri från sin borgen, om han ej inom tolf månader efter förfallodagen blifvit lagsökt. Här af följer, att proprielöstesmannen, oberoende af det längre eller kortare anstånd, som kan varda gäldenären medgifvet, alltid är bunden i tolf månader efter förfallodagen, men också der efter fri. Vi skola återkomma till detta ämne.

En löftesman eger ock att till sin befrielse anförä, att gäldenären eger en qvittningsgild genfordran mot borgenären, och detta äfven om gäldenären, då han förut lagsöktes, icke velat begagna sig deraf. Rättmätigheten af denna invändning hvilar på den grund, att gäldenären genom sin qvittningsgilda genfordran, naturligtvis endast så långt den räcker, egentligen redan betalt sin skuld, som således icke mera existerar. Någon liqvidation behöfver ej hafva föregått; efter nu gällande lag torde den åsigten vara riktigast, att qvittningen sker *ipso jure*, så snart förutsättningarna därför äro för handen ²⁾. För att löftesmannen skall kunna åberopa qvittning måste emellertid den ifrågavarande genfordringen vara qvittningsgild i gäldenärens hand, d. v. s., uppfylla de fordringar, 4: 7 U. B. och §§ 7, 14, K. F. den 4 Mars 1862, därför uppställa, vid den tidpunkt, då löftesmannen vill begagna sig deraf. Vi komma härmed in på frågan, huruvida borgensmannens rätt att betjena sig af invändningar ur gäldenärens person, är en så pass sjelfständig rätt, att den, en gång förvärfvad, ej utan hans samtycke kan honom betagas, eller om denna rätt endast i det fall kan af honom göras gällande, att gäldenären sjelf ännu har befogenhet der till. För vår del tro vi, att om invändningen grundar sig på en omständighet, som är egnad att fullkomligt upphäfva hufvudförbindelsen, löftesmannens ansvar icke kan genom hufvudkontrahenternas ensidiga åtgöranden så att säga väckas åter till lif, sedan det en gång med hufvudförbindelsens omintetgörande upphört. Huruvida icke detta sker, då blott en s. k. naturlig obligation finnes kvar i hufvudförbindelsen,

²⁾ Se Lagberedningens motiver till H. B. s. 65, AFZELIUS, anf. st. s. 62.

och om icke de naturliga obligationerna borde förvisas från rättens område, det är frågor, hvilkas besvarande skulle föra oss för långt, isynnerhet som de äro mycket omtvistade och viktiga röster både för och emot förekomma inom litteraturen ³⁾. För den svenska rätten, som icke så strängt som den romerska särskiljer *obligatio* och *actio*, synes bibehållandet i rättssystemet af naturliga obligationer vara mindre nödigt ⁴⁾.

VIII.

Derföre att två eller flere personer befinnas stå i borgensansvar för samma hufvudförbindelse, är det icke nödvändigt, att de till hvarandra inbördes stå i något obligatoriskt rättsförhållande. Detta är händelsen, när flere personer hvar för sig åtagit sig att ansvara för ett visst belopp eller en viss andel af en skuld. De olika borgensförbindelserna blifva då fullkomligt oberoende af och utan sammanhang med hvarandra, så att hvarje särskild löftesman kommer att gentemot borgenären, intill det belopp, hvarför han häftar, intaga samma ställning, som om borgenären ej hade någon annan löftesman att hålla sig till. Ehuru en borgenär, som blifvit fullt betäckt för sin fordran hos en eller flere sådana borgensmän, väl icke kan utsöka något ytterligare hos någon af de öfriga, enär hans fordran genom betalning försvunnit, så är det dock å andra sidan tydligt, att borgenären eger efter sitt godtfinnande bestämma, ej mindre för huru stor del och i hvilken ordning han vill söka hvar och en, utan äfven hvilka af dem han, i den händelse hans förlust ej uppgår till summan af alla borgensförbindelserna, vill alldeles befria från ansvar. Det torde ock knappt behöfva nämnas, att en sådan borgens-

³⁾ Den vidlyftiga litteraturen finnes angifven hos v. VANGEROW, anf. st. s. 6, 7.

⁴⁾ Ditåt synes NORDLING syfta, anf. st. s. 115.

man *pro determinata parte* icke kan göra invändning om, att borgenärens förlust bör proportionsvis fördelas på alla löftesmännen, *exceptio divisionis*. Lika litet kan den omständigheten, att borgenären eftergifver eller försitter sin fordran hos en eller flere af borgensmännen, i någon mån förminska eller förändra den eller de öfriges ansvar.

Hafva åter flere (än en) personer gemensamt åtagit sig, genom enkel eller proprieborgen ⁵⁾ att i förening ansvara för en bestämd gäld eller en bestämd penningesumma, så kunna de förbinda sig härtill antingen "en för alla och alla för en," eller icke. I förra fallet, då borgensmännen stå till hvarandra i ett rent eller omedelbart solidariskt förhållande, eger borgenären, om gäldenären icke ordentligt uppfyller sin förbindelse, att hos hvilkendera af borgensmännen han helst vill utkräfvä hela gälden eller hela den hos gäldenären möjligen uppkommande bristen, allt efter den art af borgen hvartill de förpligtat sig. Skulle den borgensman, till hvilken borgenären först vändt sig, icke kunna betala hela beloppet, så kan hvilken af de öfriga som helst derefter tagas i anspråk för hela återstoden, och så vidare ända tills borgenären blifvit till fullo förnöjd. I förhållande till borgenären är det därför likgiltigt, om anledningen till, att en af borgensmännen icke betaler, är hans insolvens, eller hans oförmåga att ingå bindande aftal till följe af minderårighet eller annat skäl, eller att hans namn på borgensförbindelsen blifvit förfalskad ⁶⁾ eller fingeradt, eller att han aldrig kommit att skriva under ⁷⁾; de öfrige häfta fortfarande solidariskt. Har deremot borgenären sjelf genom sin försummelse varit vållande till, att en af löftesmännen, hvilken varit juridiskt förpligtad, blifvit från sin förbindelse fri, emedan bor-

⁵⁾ 10: 11 H. B. Detta lagrumms första moment synes vara mindre noggrant redigeradt. Dess försats kan neml. endast hafva afseende på enkel solidarisk borgen, medan eftersatsen blott passar in på proprieborgen.

⁶⁾ Se rättsfall i J. A. XXX, s. 375, BACKMANS Handbok. s. 323.

⁷⁾ Rättsfall i N. T. III. 66.

genären uraktlåtit att hos honom bevaka sin eventuella fordran på sätt K. F. d. 4 Mars 1862 (om tioårig preskription och årsstämmning, §§ 1, 12) bestämmer, så har detta enligt samma förordnings §§ 5, 18, den verkan, att de öfrige ej äro skyldige att gälda mer än hvar sin del efter hufvudtalet, dock så, att om brist hos någondera uppkommer; den på lika sätt fördelas, och den del faller borgenären till last, som gäldas skolat af den, han låtit blifva ansvarigheten qvitt. Det från början rent eller omedelbart solidariska förhållandet förvandlas således genom borgenärens uraktlåtenhet till ett subsidiärt solidariskt. Samma verkan bör *ex fortiori ratione* blifva följden af att gäldenären efterskänker sin fordran hos en af borgensmännen genom att utstryka hans namn under borgensförbindelsen ⁸⁾).

Men flere personer kunna, såsom redan är nämndt, i förening öfvertaga borgensansvar för samma förbindelse, äfven utan att detta sker "en för alla och alla för en." I detta fall sägas de svara *pro rata parte*, och borgenären kan ej genast vända sig till en af löftesmännen med kraf på hela skulden, utan måste inskränka sig till att hos en hvar utsöka en så stor del af gälden, som efter hufvudtalet bör belöpa sig på honom. Det är denna rättighet — att mot den sökande borgenären göra invändning om, att skulden bör på samtliga medlöftesmännen fördelas — som i romerska rätten är känd under namn af *beneficium divisionis*. Det andra af de en fidejussor enligt *jus singulare* tillkommande *beneficia*, *auxilium ex epistola divi Hadriani* ¹⁾, kunde likasom *beneficium excussionis* först genom en exception göras gällande;

⁸⁾ Så har ock på senare tider varit praxis vid domstolarne, se t. ex. K. D. ³⁰/₄ 1832 i BACKMANS Handbok, s. 322. Härmed öfverensstämma Lagk. 7: 11 och Lagb. 7: 12 H. B. -- Jemför dock en äldre K. D. ²⁰/₁ 1814, i BACKMANS Lags. I, s. 583.

⁹⁾ I motsats hårtill innehåller A. L. R. I, 14, § 390 den föreskrift, att om en af medlöftesmännen får sin förbindelse efterskänkt, detta icke verkar någon förändring i de öfriges rättigheter och skyldigheter.

¹⁾ Inst. III. 20, § 3.

ipso jure häftade löftesmännen *in solidum* ²⁾). Icke under alla omständigheter kunde emellertid den af borgensmännen, som först togs i anspråk, invända, att den solidariska förbindelsen borde mellan samtliga borgensmännen fördelas. Till borgenärens säkerhet var det nemligen stadgadt, att endast de af medlöftesmännen, som vid tidpunkten för litiskontestationen ännu voro förpligtade, närvarande ³⁾ och solvente, *finjo* medräknas i delningen. Derföre skulle den i första hand lagsökte borgensmannen bevisa deras solvens eller ock fick han endast begära, att kreditor på hans risk sökte de öfriga. När delningen en gång skett mellan de vid litiskontestationen solvente, så blef obligationen derigenom definitivt delad, så att, om en af löftesmännen efter litiskontestationen upphört att vara solvent, detta föll endast kreditor till last och medförde för de öfrige ingen skada ⁴⁾). Trots detta för löftesmännen gynsamman förhållande kan man dock ej säga annat, än att äfven genom *beneficium divisionis* kreditors säkerhet var på ett förträffligt sätt tillgodosedd. Då delningen gjordes blott mellan de solvente, och då den löftesman, som begärt delningen, sjelf skulle bevisa deras solvens eller ock ställa säkerhet, så torde det ytterst sällan, utan kreditors egen försumlighet, hafva inträffat, att han icke fick ut sin rätt.

Då man nu till stöd för den åsigten, att enligt svensk rätt löftesmän, som icke borgat "en för alla och alla för en", ha fullgjort sin förbindelse med att betala sin anpart efter hufvudtalet och icke äro skyldiga att *pro rata parte* ansvara äfven för den brist, som hos någondera möjligen kan uppstå, — åberopat den romerska rättens lära om *beneficium divisionis*, synes oss detta vara så origtigt, att den motsatta meningen snarare skulle kunna grundas derpå. Man förbiser nemligen alldeles, att enligt romerska rätten bestämmelserna om med-

²⁾ L. 26. D. 46. 1.

³⁾ Så GIRTANNER, anf. st. s. 757. Af annan mening är DEDEKIND, *De exc. div. disquisitiones*, s. 83. Jmfr GROTEFEND, *De exc. div.* s. 21 och RÜCKERT, *Princ. Jur. Rom. de exc. quam vocant divisionis*.

⁴⁾ L. 51. § 4. D. 46. 1., l. 16. C. 8. 41., m. fl. st.

löftesmännens betalningsförmåga vid litiskontestationen voro för hela beneficiet så väsendtliga, att den först sökte bland löftesmännen fick betala hela gälden, om de öfrige voro insolvente, och beneficiet blef då lika med 0. Den romerska rättens stadganden om borgen utmärka sig genom att stadigt och konsekvent hafva borgenärens säkerhet i ögonsigte. Det förefaller oss också som den naturligaste och med borgensinstitutets väsen och ändamål bäst öfverensstämmande uppfattningen vore den, att om två eller flere personer hos en tredje åtagit sig att ansvara för, att en hans fordran skall blifva honom godtgjord, utan att hvardera begränsar sin ansvarighet till en uppgifven summa, såsom han förvisso kunnat, så bör icke borgenären, inför hvilken de dock iklädt sig gemensamt ansvar för hela gälden, blifva lidande derpå, att en eller flere af dem befinnas sedermera vara insolventa, utan den uppkommande bristen efter hufvudtalet fördelas på dem, som kunna betala. Det kan då visserligen inträffa, att en af borgensmännen får betala hela gälden, om nemligen alla de öfriga äro insolventa. Likväl blifva icke sådane löftesmän som de nu ifrågavarande enligt denna uppfattning likstälde med dem, som åtagit sig en omedelbart solidarisk ansvarighet. De förstnämnde hafva nemligen den stora fördelen, att de icke kunna sökas strax för mer än en *pro rata* andel, medan borgenären af en rent solidarisk medlöftesman genast kan fordra hela gälden.

Ehuruväl denna åsigt, — att personer, som i förening iklädt sig ansvaret för en förbindelse, utan att likväl använda formeln "en för alla och alla för en", böra stå i en subsidiärt solidarisk ansvarsskyldighet till borgenären, — enligt vår mening är den enda principiellt rättiga, hvilken ock är i våra grannländer, Danmark och Norge⁵⁾, gillad samt af SCHREVELIUS⁶⁾ äfven för svensk rätt antagen, våga vi dock icke, på grund

⁵⁾ GRAM, anf. st. s. 773, HALLAGER, anf. st. s. 385.

⁶⁾ anf. st. s. 678. — Äfven ABRAHAMSON, *Anmärkningar till Landslagen*, s. 564, är af denna mening.

af vår lags rent positiva bud i 10: 11 H. B.⁷⁾ och den tolkning, detta lagrum i det allmänna rättsmedvetandet erhållit, påstå, att den bör i svensk rättsskipning tillämpas. Lagstiftningens positiva stadganden gå före doktrinsens teorier. Det torde därför vara rådligast, att så ofta som man i en af flere personer ingången borgen icke finner klausulen "en för alla och alla för en" eller något annat dermed fullt liktydigt uttryck, tolka borgen så, att hvar och en svarar blott för sin del efter hufvudtalet och ej heller kan komma att svara för mera, i händelse någon af de öfrige icke betaler, grunden dertill må nu vara, att den senare befinnes insolvent, eller omyndig, eller fått sin andel eftergifven, eller hvilken annan som helst. Med denna tolkning, hvars lagenlighet vi, fastän motvilligt, nödgas erkänna, är skilnaden mellan en borgen *pro rata parte* och *pro determinata parte* knappt märkbar. — Lagk. och Lagb. hafva⁸⁾ föreslagit, att två eller flere, som hvar för sig tecknat särskild borgen, men ej deri utmärkt, att den skall gälla endast för viss del af gälden, skola häfta en för alla och alla för en. Att detta icke är riktigt efter nu gällande lags lydelse, anmärkes med rätta af OLIVECRONA⁹⁾. Men huruvida hans eget förslag, att de i sådant fall skola svara hvar för sin del efter hufvudtalet, är riktigt, torde åtminstone vara tvifvel underkastadt. Om, för att taga ett exempel, som han sjelf begagnar, A tecknar: "för ofvanstående förbindelse går jag i borgen", en tid derefter B det samma och efter ytterligare någon tid C detsamma, så skulle, efter O's mening, A, som åtagit sig ansvara för hela gälden, slippa med en tredjedel äfven i det fall, att B och C befinnas vara insolvente, och borgenären genom sin försigtighet att anskaffa ytterligare två borgensmän således blifva sämre stäld än om han nöjt sig med den förste. Det synes oss därför lämpligare att anse förevarande borgen såsom ingången *pro determinata parte*, på det sätt att det bestämda belopp, hvar-

⁷⁾ "Är ej borgen sålunda utfäst; svare hvar för sin del".

⁸⁾ 7: 8 H. B.

⁹⁾ anf. st. s. 674.

intill hvarje borgensman velat ansvara, är hela gälden. Borgenären kan derföre efter behag hos hvilken som helst ut-söka antingen fulla gälden eller en mindre del, ända tills han blir fullt godtgjord. Den som fått betala mer än sin del efter hufvudtalet kan ej derpå grunda något anspråk mot de öfriga ¹⁾).

IX.

Den genom borgensaftalet stiftade obligationen kan på flerehanda sätt upplösas. Dels sker det tillfölje af förhållanden, som verka hufvudobligationens upphörande och, på grund af borgensaftalets accessoriska beskaffenhet, icke kunna vara utan inflytande på dess bestånd, dels äro naturligtvis sådana omständigheter, som i allmänhet åstadkomma ett aftals upplösning, fullt verksamma äfven på borgensaftalet, och detta alldeles oberoende af hufvudförbindelsen.

Beträffande den förstnämnda gruppen af befrielsegrunder för borgensmannen, ha vi redan, vid frågan om borgensmans rätt att betjena sig af invändningar, som stå gäldenären till buds, egnat nödig uppmärksamhet åt de fall, i hvilka invändningarne ledde till löftesmannens befrielse och borgenskontraktets upplösning. Vi kunna derföre i detta sammanhang fatta oss kort derom.

I främsta rummet upphör löftesmannens förbindelse, när borgenären genom *betalniny*, eller qvittning, eller eftergifvande af skulden, eller annan lika verksam uppgörelse blifvit eller erkänt sig vara fullkomligt tillfredsstäld, så att någon fordran ej längre existerar. Det är derföre brukligt, att sedan gäldenären betalt, löftesmannen får sitt namn tillbaka, om han skriftligen förbundit sig. Skulle så ej ske, utan det infriade skuldebrevet med den derå tecknade borgensförbindel-

¹⁾ Jmfr. A. L. R. I, 14, §§ 378, 379. Se äfven rättsfall i N. T., X. 69; XII. 10; XIV. 95.

sen åter utsläppas, så är löftesmannen ej längre bunden af sin borgen²⁾, ty den förbindelse, hvarför han iklädt sig ansvar, är infriad och finnes icke mera till. Att ett nytt försträkningsaftal uppstått vidkommer icke honom, då han icke för det ingått borgen. Emellertid kan det i konkreta fall bli ytterst svårt för löftesmannen att bevisa, att skuldebrevet är inlöst, men hans rättighet att bevisa det, om han kan, bör ej deraf lida intrång.

Likaledes upphäfves löftesmannens ansvar, då hufvudförbindelsen genom *konfusion* upphör, d. v. s. då kreditors rättigheter och debitors skyldigheter träffa samman i en person. Skulle uppfyllandet af hufvudförbindelsen för debitor blifva *omöjligt* till följd af sådana förhållanden, som icke ens förpligta honom till någon ersättningsskyldighet, så verkar detta ock borgens upphörande. Att borgensmannen icke mera är bunden, sedan borgenären låtit sin fordran mot gäldenären bli *preskriberad*, är förut nämnt.

Vända vi oss derefter till de sätt, hvarpå borgensaftalet, oberoende af hufvudförbindelsen, kan komma att upphöra, så behöfver det knappt nämnas, att borgensmannen, sedan han genom *betalning* eller på annat sätt, t. ex. qvittning mot egen fordran, fullkomligt uppfyllt sin förbindelse, är derifrån fri. Samma verkan har naturligtvis fordringsegarens förklaring, att han *afstår* från rättigheten att hålla sig till borgensmannen. Om borgensmannen knutit sin ansvarsskyldighet vid inträdandet af något vilkor eller begränsat densamma inom en viss tidrymd, så upphör hans förpligtelse i samma stund som det visar sig, att *vilkoret ej kan inträffa*, eller den bestämda *tiden gått till ända*. Borgensaftalet upplöses ock genom i borgenärens och löftesmannens personer inträdande *konfusion*, eftersom ingen kan hafva något att fordra af sig sjelf eller vara sig sjelf något skyldig. Skulle gäldenären och borgensmannen t. ex. genom arf blifva samma person, i hvilket fall ingen egentlig konfusion eger rum,

²⁾ Se i detta afseende ett rättsfall i Backmans Handbok s. 318.

enär icke rättighet och skyldighet träffa samman, utan skyldighet och skyldighet, hvilka icke i och för sig upphäfva hvarandra, så kommer dock borgensförpligtelsen, såsom på grund af sin accessorietet den svagaste, att äfven i detta fall i regeln upphöra. Emellertid kan det undantagsvis inträffa, att löftesmannens förbindelse är "*plenior*" eller "*potentior*" såsom förenad med särskilda rättigheter t. ex. pant eller efterborgen (*fidejussio fidejussionis*), hvilka icke finnas mot gäldenären. I denna händelse får man väl med romerska rätten antaga, att det är borgen som blir bestående; säkert är, att de densamma åtföljande birättigheter fortvara.

Vidare kan, på grund af stadgande i 10: 10 H. B., *löftesmannens död* under vissa förhållanden blifva anledning till borgensaftalets upplösning och hans arfvingars befrielse från den af honom ingångna borgen. Rättigheter och skyldigheter på grund af obligatoriska aftal upphöra väl i allmänhet icke med den berättigade eller förpligtade personens död, utan öfvergå i sin helhet på resp. arfvingar. Genom det positiva stadgandet i 10: 10 H. B. blir dock denna regel något modifierad i fråga om afliden löftesmans efterlemnade förbindelser. I enlighet med detta lagrum blifva löftesmannens arfvingar frie från den af löftesmannen åtagna förbindelsen, när gäldenären, efter löftesmannens död, på anfordran af borgenären, gittat *skaffa ny borgen*, hvarmed borgenären åtnöjes. Det åligger derföre borgenären att *strax* efter löftesmannens död fordra ny borgen af gäldenären; efterkommer han icke denna lagens med tydliga ord gifna föreskrift, kan följdén deraf rimligtvis ej blifva någon annan, än att löftesmannens arfvingar äfven i detta fall vinna befrielse. Iakttagar nu borgenären denna sin skyldighet, men gäldenären icke kan skaffa ny borgen, då skall borgenären *genast* söka betalning utaf gäldenären; försummar han detta, så blifva löftesmannens arfvingar äfvenledes frie. 10: 10 H. B. antyder således tre olika händelser, då löftesmannens arfvingar befrias från ansvar, nemligen 1:o, då borgenären underlåtit att *strax* fordra ny borgen af gäldenären; 2:o, då gäldenären enligt borgenärens fordran kun-

nat anskaffa ny borgen och 3:o, då borgenären visserligen strax affordrat gäldenären ny borgen, men denne icke kunnat anskaffa sådan och borgenären sedan försummat att *genast* söka betalning af gäldenären. Då tidsbestämningarne "strax" och "genast" icke få antagas stå alldeles betydelselöst i lagstadgandet och borgenären, om de icke funnes, skulle kunna utan äfventyr draga ut på tiden huru länge som helst med uppfyllandet af sina ifrågavarande skyldigheter, så tro vi, att nämnda tidsord just tillkommit för att antyda, att ett äfventyr är förenadt med uraktlåtandet af dessa skyldigheter. Äfventyret kan ej vara annat än att löftesmannens arfvingar bli löste från sin förpligtelse. Att afgöra huru lång tid borgenären i hvarje fall egt dröja är domarens sak. — Stadgandet att borgenären, i den händelse gäldenären ej kan skaffa ny borgen *genast* skall söka betalning utaf gäldenären, har ansetts vara stridande mot gäldenärens rättighet att icke förrän på den aftalade förfallodagen behöfva betala sin skuld. Ehuru det måste anses i hög grad obilligt och omotiveradt, att gäldenärens i kontrakt bestämda förbindelse till borgenären förändras och försvåras genom inträffandet af en för densamma så främmande händelse som en löftesmans död, så kunna vi dock, då frågan icke är *de lege ferenda*, utan att tolka gällande lag, icke finna annat än att ofta nämnda lagrum positift bjuder, att gälden i och med löftesmannens död är att anse såsom förfallen till inbetalning, på det att borgenären må kunna begagna sig af den honom i samma lagrum tillerkända rätt att under vissa villkor hålla sig till löftesmannens arfvingar^{a)}. Skulle borgenären ej förrän gälden i vanlig ordning förfallit, kunna utsöka densamma af gäldenären och, om brist uppstår, sedermera af löftesmannens arfvingar, så blefve den förmån, som paragrafen onekligen åsyftar att bereda arfvingarne, nemligen att så fort som möjligt få kännedom om arflåtarens efterlemnade

^{a)} Om borgenären icke bryr sig om att förvara sin talan emot löftesmannens arfvingar, så blir naturligtvis den aftalade förfallotiden gällande oförändrad.

gäld, alldeles icke vunnen. Fördelen blefve icke heller stor, om stadgandet endast afsåge de relativt få fall, då ingen förfallotid är af kontrahenterna aftalad.

Såväl inom teori som praxis finnas olika meningar om stadgandena i 10: 10. H.B. äfven äro tillämpliga på proprieborgen. De skäl som tala för att en löftesmans arfvingar få sin förbindelse något lindrad, äro onekligen för handen i lika hög grad vid proprieborgen som vid enkel borgen. Det kan dock icke antagas, att lagstiftaren i denna paragraf afsett annat än enkel borgen. Det förfarande, som i mom. 1 bestämmes för den händelse, att hufvudgäldenären dör, är just detsamma som i § 8 stadgas vid enkel borgen, eller att arfvingarne svara så långt hans gods räcker och löftesmannen betaler det som brister. I slutet af mom. 2 kan likaledes endast vara fråga om enkel borgen. Den "löftesman", som omtalas i början af mom. 2, kan omöjligt vara af annan beskaffenhet än den som nämnes i slutet, då hela momentet är ett sammanhängande helt. Den formella uppställningen af paragrafen utgör således ett bestämdt hinder för att derunder inbegripa proprieborgen, såvida man icke vill påstå, att paragrafen skall uttrycka den meningen, att hvarje proprieborgen vid gäldenärens eller löftesmannens död *eo ipso* förvandlas till enkel borgen. Det vore dock en alltför genomgripande förändring. Ihågkommas bör, att detta lagrum är till hela sin karakter ett undantagsstadgande, som bör tolkas *strictissime*. Det innehåller redan ett i sig ganska abnormt påbud, nemligen att gäld, som eljest ej förfallen vore, skall vid löftesmans död kunna af borgenären genast indrivas. Från detta förhållande eger man ej sluta till en annan ännu större oregelbundenhet, när ordalagen, långt ifrån att tvinga dertill, kunna med lätthet på annat sätt tydas. — Ett skäl, som för den motsatta meningen plägar anföras ⁴⁾, nemligen att då i § 9 varit fråga om proprielöftesman, så synes äfven sådan löftesman här hafva varit menad, då lagen

⁴⁾ Se SCHREVELIUS, anf. st. s. 680.

icke uttryckligen sagt annat, förefaller temligen egendomligt, då lagen i så tydliga ord som möjligt talar om enkel borgen. Denna åsigt, att 10: 10 H.B. icke har afseende på proprieborgen, är ock på senare tiden den i praxis antagna ⁵⁾. Borgenären behöfver därför icke, till förvarande af sin rätt mot proprielöftesmans arfvingar, genast efter dödsfallet fordra ny borgen etc. etc., utan ansvaret blir efter löftesmannens död detsamma som förut.

Det bör ock nämnas, att stadgandena i 10: 10 H.B. hafva betydelse äfven för det fall, att flere personer, en för alla och alla för en, ingått enkel borgen. Om en af dem dör, åligger det borgenären i detta fall såväl som då han endast har en löftesman, att iakttaga föreskrifterna i § 10 om att fordra ny borgen m. m. Underlåter han detta, så blifva den afidnes arfvingar sin borgen qvitt. Men hans försummelse har äfven en annan påföljd, nemligen att de efterlevande löftesmännens ansvar förändras från ett rent solidariskt, som det från början varit, till ett ansvar endast *pro rata parte*. Utom de billighetsskäl, som därför tala, såsom att löftesmännen icke annorlunda än under gemensam ansvarighet med den sedermera afidne medlöftesmannen ingått sin borgen, hvilken medansvarighet borgenären sedermera genom sin försumlighet gjort om intet, kan äfven analogien med stadgandet i 5 § af preskriptionsförordningen åberopas till stöd för en sådan uppfattning. I båda händelserna har borgenären försummat vidtaga i lagen föreskrifna åtgärder för att hålla fordringen vid magt ⁶⁾.

Ett annat sätt, hvarpå en löftesförbindelse kan upphöra, utan att hufvudförbindelsen försvinner, är genom *preskription*. Ingenting hindrar att preskriptionen sjelfständigt åkommer

⁵⁾ Se BACKMANS *Handbok*, s. 321, K. D. d. ²³/₁₂ 1846 och s. 322, K. D. d. ²⁸/₂ 1854 samt ett i N. T. XI. 73 anfördt rättsfall. Motsatta åsigten är uttalad i en K. D. d. ²⁸/₁₂ 1832 i J. A. III. s. 308.

⁶⁾ Den i en i BACKMANS *Handbok*, s. 323, upptagen dom hyllade meningen, att 10: 10 HB. ej vore tillämplig då två eller flere ingått solidarisk borgen, är därför origtig.

borgensförbindelsen, så att denna upphör, medan hufvudförhållandet ännu har full gällande kraft. De rättsregler, som på borgenspreskriptionen i allmänhet äro tillämpliga, innehållas i K. F. d. 4 Mars 1862 och äro desamma, som gälla för tioårig preskription af vanliga skuldfordringar. Genom K. F. d. 28 Juni 1798 § 4 stadgas derjemte en annan kortare preskriptionstid för ett visst slag af borgen, nemligen proprieborgen för betalning af annans skuldebref å den förfallodag, skuldebrefvet innehåller eller ock å viss annan tid. Löftesman, som för sådan borgen ej blifver lagsökt inom tolf månader, hvarje månad beräknad till trettio dagar ⁷⁾, skall vara för sin borgen fri. K. Förkl. d. 29 Juli 1812 och K. Kung. d. 9 Maj 1835 hafva ytterligare bestämdt dessa förhållanden sålunda, att fordringsegare bör anses hafva fullgjort innehålltet af nämnda paragraf, när han blott inom tolf månader efter förfallodagen eller efter den utsatta tidens förlopp hos vederbörande befallningshafvande eller domare sökt laglig handräckning, ehuru löftesmannen icke inom samma tid erhållit del af lagsökningen. Med delgifningen får fordringsegaren likväl ej dröja huru länge som helst, utan, om målet hos domaren anhängigt göres skall han detsamma fullfölja, å landet vid nästa ting och i staden å den dag, stämningen innehåller; lagsökes löftesman hos Konungens Befallningshafvande, skall fordringsegaren, vid talans förlust, inom sex månader från ofvannämnda tids utgång gifva löftesmannen behörig del af lagsökningen.

Någon tillfredsställande rättsgrund för användandet af ettårspreskriptionen ⁸⁾ vid denna art af borgen finnes icke. De billighetssynpunkter, som därför åberopas, gälla fullt lika mycket vid andra slag af borgen, och vi vilja ej bestrida önskvärdheten af, att en kortare preskriptionstid infördes för borgensförbindelser i allmänhet. Då så likväl ej skett, har

⁷⁾ K. Förkl. d. 23 Mars 1807.

⁸⁾ För korthetens skull kalla vi den så, ehuru den ej är ett kalenderår, utan 360 dagar.

man att söka grunden till detta undantagsstadgande endast i lagens positiva bud.

Ettårspreskriptionen är icke tillämplig vid enkel borgen, ej heller vid proprieborgen, der ingen förfallotid är bestämd, såsom då hufvudförbindelsen är stäld att betalas vid anfordran. För dessa fall gäller den vanliga tioårspreskriptionen. Deremot antages det allmänt, att ettårspreskriptionen får användas i det fall, att gälden, för hvilken borgen ingåtts, skall betalas viss tid efter uppsägning. Förfallodagen är äfven då bestämd, fastän blott relativt; absolut bestämd blir den genom uppsägningen. Göres denna af borgenären, bör den, för att mot löftesmannen vara gällande, äfven ske hos honom ³⁾. Finnas flere solidariskt förbundne medlöftesmän, gäller icke heller uppsägning hos endera af dem mot de öfriga ¹⁾. Löftesman eger ock sjelf att uppsäga gälden ²⁾. Har nu den i skuldebrevet eller genom uppsägningen bestämda förfallodagen kommit, eller den af löftesmannen särskildt betingade dagen, som sålunda blir förfallodag för honom, inträffat, så börjar preskriptionen mot löftesmannen att löpa från den dagen, och om icke laglig utsökning, det enda sättet att afbryta denna preskription, mellankommer, blir löftesmannen efter 360 dagar från sin förbindelse fri. Ettårspreskriptionen skiljer sig således från den tioåriga både i fråga om utgångspunkten för preskriptionstiden, som vid den senare är fordringens uppkomst ³⁾, och i fråga om sättet för dess afbrytande, hvilket vid den tioåriga sker lika verksamt genom enskildt kraf eller tillkännagifvande. Är borgen ingången för uppfyllandet af en förbindelse, som innehåller årligen förfallande utbetalningar, t. ex. ett arrendekontrakt, så blir det, till undvikande af preskription, nödvändigt att utsöka hvarje års arrendeafgift inom tolf månader från den dag den bort

³⁾ K. F. d. 20 Dec. 1851.

¹⁾ Se föregående not.

²⁾ K. F. d. 20 Juli 1855.

³⁾ Ett i detta afseende särdeles upplysande rättsfall förekommer i N. T. IV. 36.

erläggas⁴⁾. På samma sätt preskriberas borgen för räntan, äfven om kapitalet ej är förfallet till betalning, enär ränta är en afgäld som skall årligen utgifvas⁵⁾. — Borgensmannen blir genom den åkomna ettårspreskriptionen fullkomligt fri från fordringsegarens anspråk till följe af borgenskontraktet. Vi kunna derföre ej dela den meningen, att förordningens ord ”då skall löftesmannen för en sådan borgen vara fri” innebära, att han väl blir fri från sin proprieborgen, men fortfarande står i ansvar såsom vid enkel borgen. Detta har likvisst Lagberedningen föreslagit, men det synes vara opraktiskt. — Om borgenären låtit sin talan mot en af flera solidariskt förbundne medlöftesmän genom ettårspreskriptionen gå förlorad, blifva de öfrige blott subsidiärt ansvarige för hvarandra och borgenären får sjelf vidkännas, hvad som skulle hafva kommit på dens del, han låtit blifva ansvarigheten qvitt. Samma grunder, som tala derför i öfriga fall, då borgenären genom sin försummelse låter en af löftesmännen komma lös ur solidaritetsförhållandet, äro här tillämpliga⁶⁾. Hvad slutligen beträffar den mycket omtvistade frågan, huru vida den i K. F. d. 28 Juni 1798 stadgade preskriptionstid äfven är tillämplig löftesmän inbördes emellan, så skola vi vid framställningen af regressförhållandet äfven upptaga detta spörsmål.

Till sist skola vi nämna något om ett sätt, hvarpå åtskilliga författare anse ett borgensafstal kunna upplösas, nemligen *uppsägning af löftesmannen*. Detta är dock mindre riktigt, ty uppsägning från löftesmannens sida kan aldrig i och för sig göra honom fri från hans förbindelse, utan endast vara ett medel att i vissa fall sätta en gräns för dess fortvaro. Är den förbindelse, hvarför borgen ingåtts, stäld att betalas å viss förfallodag, eller har borgensmannen iklädt sig ansvar intill en viss tid, så eger han, icke ens om han

⁴⁾ Se i BACKMANS *Handbok*, s. 317, K. D. d. $13/8$ 1838 och d. $17/10$ 1849.

⁵⁾ Rättsfall i N. T. III. 95. Jemfr K. D. d. $4/4$ 1862.

⁶⁾ Se för öfrigt i fråga om ettårspreskriptionen NORDLINGS nyligen utgifna afhandling, *Om preskription*, etc.

derjemte vill infria förbindelsen, att göra uppsägning mot borgenärens vilja. Om åter hufvudförbindelsen skall betalas viss tid efter uppsägning, så medgifver K. F. d. 20 Juli 1855, såsom redan är nämnt, löftesmannen "att uppsägning göra och gälden å förfallodagen betala". Verkan af uppsägningen blir då, om borgen är enkel, att borgenären antingen måste söka gäldenären, för att få utrönt om och huru mycket han gitter betala, eller ock befria löftesmannen från hans borgen. Befrielsen är dock icke en direkt följd af uppsägelsen, utan deraf, att borgenären icke iakttagit lagens föreskrifter. Är borgen deremot proprie, så måste löftesmannen å den genom uppsägningen bestämda förfallodagen sjelf inbetala gälden. Han blir då visserligen fri, men till följe af betalning. Löftesmannen kan likaledes och med alldeles samma verkan som i nyssnämnda fall uppsäga sin borgen, då förfallotiden är inne och borgenären ej vidtager nödiga mått och steg mot gäldenären, samt då borgen är ingången för en förbindelse utan bestämd förfallotid och löftesmannen icke heller begränsat sin ansvarighet till någon viss tid ⁷⁾.

X.

Såsom förut är antydt, får det icke med nödvändighet anses höra till borgensinstitutets väsen, att den borgensman, som i följd af sin borgen fått betala, eger rätt att af gäldenären utfå ersättning för hvad han utlagt, hvarföre vi också endast i största korthet skola här sysselsätta oss med denna fråga ⁸⁾. — Det kan sålunda inträffa, att borgensman och gäldenär alldeles icke stå i något rättsförhållande till hvar-

⁷⁾ Jmfr NEHRMAN, anf. st. s. 353, SCHREVLIN, anf. st. s. 684.

⁸⁾ Med riktig urskilning härutinnan har lagstiftaren i 10 Kap. H. B., der bestämmelserna om borgen i öfrigt äro sammanförda, icke med ett ord häntydt på löftesmannens ställning till gäldenären. — Icke heller i den danska lagen finnes i det egentliga kapitlet om borgen, 1—23, någon antydning om detta förhållande.

andra. Detta är fallet, då borgensmannen utan gäldenärens vetskap eller samtycke trädte i borgen för honom. Ett sådant åtagande kan icke i och för sig grundlägga en borgensmannens regressrätt, men å andra sidan kan det icke bestrifas, att ett fullt bindande borgensafstal mellan borgenär och löftesman är för handen, och att de för detta rättsinstitut gällande regler äro tillämpliga. Att likväl äfven en sådan löftesman kan skaffa sig ersättning af gäldenären, om han fått borgenärens fordran formligen öfverlåten på sig, är klart, men hans anspråk grundar sig då på den skedda öfverlåtelser. Vidare kan på grund af det materiella förhållandet mellan borgensman och gäldenär den förres regressrätt vara utesluten. Det är möjligt att borgensmannen är den verkliga gäldenären, som drager nytta af hufvudförbindelsen, fastän till utseendet rolerna af en eller annan anledning blifvit ombytta. Har borgensmannen i afsigt att göra gäldenären en gifva trädte i borgen för honom, så säger det sig själf, att han icke kan väcka något ersättningsanspråk på grund af den utbetalning han måst göra.

Dessa tillfällen äro emellertid relativt sällsynta i förhållande till dem, vid hvilka en regress mot gäldenären verkliga står borgensmannen till buds. Då borgensmannen efter anmodan af gäldenären, hvilket är det allra vanligaste, går i borgen, så innebär denna anmodan alltid ett stillatigande löfte å gäldenärens sida, såvida han ej till och med uttryckligt förbinder sig dertill, att om löftesmannen skulle komma att betala, gäldenären skall ersätta honom hvad han nödgats utgifva, och det är då under denna tysta förutsättning, som löftesmannen åtager sig den förpligtelse, som kan medföra betalningsskyldighet för honom. Innebure icke denna gäldenärens anmodan *implicite* en sådan tyst förbindelse, så kunde den person, som ombedts gå i borgen, lika så gerna ställa sig som verklig gäldenär, om han i öfrigt ville vara gäldenären till tjänst. Borgen är, såsom i det föregående är visadt, icke en förpligtelse att i hvarje fall betala gäldenärens skuld, utan endast ett åtagande att, om det vid förfallotiden

visar sig nödvändigt, till fordringsegarens säkerhet förskjuta beloppet. Löftesmannens förbindelse är derföre i detta fall af öfvergående, förmedlande natur. Denna åskådning är, just till följd af förhållandets egen materiella beskaffenhet, så införlifvad med vår rättsuppfattning⁹⁾, att det icke sättes i fråga annat än att den, som efter gäldenärens anmodan eller åtminstone med hans vetskap och samtycke gått i borgen, han har *eo ipso* förvärfvat sig en eventuel rätt att af gäldenären återfå, hvad han för honom kan komma att utgifva. Likasom borgensmannens förbindelse mot fordringsegaren är vilkorlig, så är äfven gäldenärens förbindelse mot borgensmannen beroende af ett vilkor. Vilket är i förra fallet, att gäldenären icke betaler, i det senare, att borgensmannen verkligen betalt. Som man ser äro dessa vilkor på ett egenomligt sätt inväfda i hvarandra. Det första är en förutsättning för det andra: inträffar icke det första, så kan icke det andra inträffa.

Får det nu antagas, att borgensmannen under nyssnämnda förutsättning har regress till gäldenären, så måste det dock närmare bestämmas, på hvad sätt han eger att göra denna sin rätt gällande och huru långt den sträcker sig. Enligt den mening som af våra rättslärdé allmänt omfattas, kan den löftesman, som betalt för gäldenären, fordra att borgensnären på honom öfverlåter sina rättigheter mot gäldenären eller, med andra ord, han har det s. k. *beneficium cedendarum actionum*. För vår del äro vi dock ej fullt öfvertygade om rigtigheten af att tillerkänna löftesmannen detta beneficium, enär det saknar stöd af svensk lag och några verkliga rättsgrunder icke heller kunna derför anföras. Ur billighetens synpunkt finnes deremot rätt mycket som talar derför.

⁹⁾ Den lösning SCHREVELIUS vill gifva åt frågan, genom att tillerkänna löftesmannen rätt att såsom syssloman eller *negotiorum gestor* af gäldenären kräfvä ersättning för det han på utträttandet af dennes ärenden utgifvit, är, såsom allt för konstlad, otillfredsställande. SCHREVELIUS tyckes sjelf känna detta, att döma af de sväfvande ordalag, han begagnar.

I sådant afseende plägar man anföra, att sedan borgenären fått full betalning af löftesmannen, han icke mera har några anspråk på gäldenären; han lider således intet derigenom, att löftesmannen alldeles träder i hans ställe och tillerkännes samma rätt mot gäldenären, som han sjelf förut egde. Icke heller kan gäldenären med fog klaga öfver, att den rätt, som han sjelf en gång inrymt borgenären, öfvergår på löftesmannen, då det nemligen alltid stått i borgenärens förmåga att genom en formlig cession öfverflytta densamma. Löftesmannen, som dock uppfyller en främmande förbindelse, bör hafva rätt att fordra, att vid fullgörandet deraf alla sådana förmåner tillförsäkras honom, som utan skada för borgens ändamål kunna stå tillsammans dermed. När dertill kommer det godtyckliga och för rättsskänslan stötande, som ligger deri, att borgenären skulle kunna ena gången gynna löftesmannen genom att på honom öfverlåta sin rätt mot gäldenären, en annan gång gäldenären genom att vägra cessionen, så har man ansett sig berättigad att uppställa den regel, att borgenären skall, till underlättande och betryggande af löftesmannens ersättningstalan, till honom afträda sin rätt mot gäldenären. I och med sjelfva betalningen öfvergår rätten; efter betalningen är borgenärens fordran upphäfd och han kan derföre icke mera öfverlåta den.

På detta sätt uppträder löftesmannen, såsom innehafvare af borgenärens rätt, vida starkare än han derförutan kunnat göra. De accessoriska rättigheter, som i borgenärens hand varit förenade med hans fordran, såsom pant- eller förmånsrätter, öfvergå nemligen också till löftesmannen, försåvidt som de vid betalningen ännu finnas kvar hos borgenären och äro af beskaffenhet att kunna öfvergå till annan person. Hvad följderna blir om borgenären uppgifver någon dylik rättighet, hvilken, då borgen ingicks, redan förefans, är ofvan¹⁾ anmärkt. De rättigheter af detta slag, han genom fördrag med gäldenären, efter borgens ingående, kan förskaffa sig,

¹⁾ S. 69.

eger han naturligtvis åter eftergifva. Finnas de emellertid kvar vid den tid löftesmannen erlägger betalning, öfvergå äfven de.

Löftesmannens ifrågavarande rättighet — att fordra en cession af borgenärens rätt och talan — får dock icke göras gällande på ett sådant sätt, att borgenärens intresse derigenom blir lidande. Sålunda eger löftesmannen icke, om han endast till en del betalt gälden, att af den därför ställda panten utfå en motsvarande del, icke heller om gälden varit intecknad, att af köpeskillingen för den intecknade fastigheten njuta utdelning, förrän borgenären blifvit till fullo förnöjd ²⁾).

Denna uppfattning af regressens beskaffenhet och omfång har, trots dess klena rättsgrund och öfriga svaga punkter, hvartill vi måhända framdeles få tillfälle att återkomma, dock, så vidt vi ha oss bekant, lyckats göra sig gällande äfven i praxis ³⁾). Lagkommitténs och Lagberedningens förslag innehålla äfven stadganden i denna riktning ⁴⁾). — Vända vi oss till den danska och norska rätten, så besvaras deremot frågan om löftesmannen har rätt att fordra, att borgenären skall på honom transportera sin fordran jemte tillhörande birättigheter, enligt dessa lagstiftningen nekaude, utom i det fall att löftesmannen af borgenären särskildt be-tingat sig fordringens cession. Angående regressens egentliga rättsgrund och omfattning finnas för öfrigt här som i den svenska rätten mycket olika meningar ⁵⁾). — I romerska rätten kunde den fidejussor, som efter uppdrag af gäldenären gått i borgen, genom *actio mandati contraria* fordra att blifva ersatt för hvad han på utförandet af dennes uppdrag kostat. Detta gälde naturligtvis äfven för det s. k. *mandatum qua-*

²⁾ Jmfr konkurslagens 116 §.

³⁾ Se t. ex. en K. D. i BACKMANS Lags. II, s. 640.

⁴⁾ Lagk. 7: 12 HB., Lagb. 7: 13 HB.

⁵⁾ Se GRAM, anf. st. s. 762, HALLAGER, anf. st. s. 402, V. INGERSLEV, *Et par Bemærkninger om de ved Indgaaelsen af en Selvskyldnerkaution stiftede Retsforhold*, i *Tidsskrift for Retsvæsen*, 1866.

lificatum. Hade gäldenären icke gifvit något uppdrag i detta hänseende, så var synpunkten af en *negotiorum gestio* i regeln användbar, och uti *actio negotiorum gestorum contraria* egde löftesmannen i detta fall ett medel att göra sina anspråk gällande ⁶⁾). Men jemte dessa båda utvägar stod äfven ett tredje medel den betalande löftesmannen till buds, nemligen att mot gäldenären uppträda *ex jure cesso creditoris*, och han hade derföre rätt att af borgenären begära cession af fordringen med tillhörande accessorier — *beneficium cedendarum actionum* ⁷⁾). Detta var det tredje af de särskilda beneficiier, som den romerska rätten tillerkände en fidejussor. Att detta sistnämnda sätt i många fall kunde bereda löftesmannen större fördelar än de förstnämnda, är lätt insedt. — Den preussiska landsrätten ⁸⁾ stadgar i detta afseende, att borgensmannen, så snart och så vidt han har betalt, inträder i alla borgensnärrens rättigheter mot gäldenären, utan att en uttrycklig cession dertill är nödvändig. Dock kan borgenären på löftesmannens begäran tvingas till meddelande af en dylik öfverlåtelse. — Enligt den franska rätten ⁹⁾ har den borgensman som betalt, regress till gäldenären, vare sig borgen är ingången med eller utan gäldenärens vetskap; borgensmannen blir ock insatt (*est subrogée*) uti alla de rättigheter, som fordringsegaren hade mot gäldenären.

Löftesmannens regressrätt är för öfrigt naturligtvis betingad deraf, att gäldenären ännu vid den tid, då löftesmannen betaler, är förpligtad. Skulle hans förbindelse redan hafva upphört genom betalning eller liknande uppgörelse, eller skulle mot densamma någon giltig invändning kunna göras, såsom att den är preskriberad etc., förvärfvar borgensmannen ingen rätt mot gäldenären, om han detta oaktadt infriar skulden. Det är derföre af synnerlig vikt för borgensmannen att visshet i detta afseende vinnes. För detta ändamål bör

⁶⁾ L. 6. § 2, l. 20. § 1. m. fl. st. D. 17. 1.

⁷⁾ L. 36. D. 46. 1, l. 2. C. 8. 41. m. fl. st.

⁸⁾ A. L. R. I, 14, §§ 338, 339.

⁹⁾ CC. art. 2028, 2029.

han, innan han betaler, söka upplysning hos gäldenären, om några omständigheter förefinnas, som upphäfva eller försvaga hufvudförbindelsen. Det torde ock ligga i gäldenärens intresse att icke undandraga sig att meddela nödiga upplysningar, ty i motsatt fall lär han icke rimligtvis kunna undgå att ersätta löftesmannen, om denne, i okunnighet om hufvudförbindelsens upphäfvande, hos borgenären infriar densamma. För säkerhets skull bör ock löftesmannen, sedan han betalt, derom underrätta gäldenären. Eljest skulle det kunna inträffa, att denne senare äfven betaler gälden, och i detta fall kan löftesmannen knappast påräkna att utfå ersättning af gäldenären.

Det är emellertid först sedan löftesmannen betalt som han kan vända sig till gäldenären med sin regresstalan. Vår svenska rätt har icke, såsom flera främmande lagstiftningar, velat medgifva löftesmannen att före gäldens betalning mot gäldenären vidtaga åtgärder, afseende att betrygga regressrätten. Enligt dansk och norsk lag kan löftesmannen under vissa förutsättningar tvinga gäldenären att till honom till och med inbetala hela gälden¹⁾. Samma rättighet tillerkännes löftesmannen i den franska rätten²⁾. Lagk. föreslog att löftesman skulle, innan han sjelf betalt, få söka säkerhet af gäldenären i vissa fall, såsom då utsatt förfallotid inträddt, då borgensmannen blifvit för gälden lagsökt, då gäldenärens villkor blifvit märkligen försämrade o. s. v. Lagb. gick ännu längre, i det den föreslog, att borgensman skulle ega lika rätt med borgenären att söka säkerhet i gäldenärens egen- dom³⁾. Dessa bestämmelser hafva dock icke blifvit lag, och erkännas måste, att en borgensman, särskildt i det fall då gäldenärens villkor blifvit märkligen försämrade, alltför lätt skulle kunna missbruka sin rätt att söka säkerhet till otidiga inblandningar i gäldenärens förhållanden, hvarigenom förtroendet till honom måhända oförtjent skulle rubbas.

¹⁾ GRAM, anf. st. s. 786, HALLAGER, anf. st. s. 395.

²⁾ CC. art. 2032.

³⁾ Se Lagk. 7: 13 HB, Lagb. 7: 14 HB.

Vi öfvergå nu till frågan om löftesmans regressrätt mot medlöftesmän. Denna är lika litet sjelfskrifven som löftesmannens regress till gäldenären. Villkoren därför äro, att löftesmännen genom sitt åtagande kommit att stå i ett obligatoriskt rättsförhållande till hvarandra och att en af dem måst utbetala något, som egentligen ålegat en eller flere af de andra. Såsom ofvan ⁴⁾ blifvit visadt, är en af flere personer *pro determinata parte* ingången borgen icke af beskaffenhet att grundlägga något rättsförhållande dem emellan inbördes, och på hvilket sätt än borgenären hos dem uttager sin fordran, kunna de icke derpå bygga ersättningsanspråk mot hvarandra. Detsamma gäller om den af flera personer ingångna borgen, der hvar och en blott svarar *pro rata parte*. Borgensmännen anses då icke skyldige att subsidiärt ansvara för den brist, som hos en eller flere af dem kan uppstå. Då således ingen kan komma att betala mera än sin del efter hufvudtalet, så har hvar och en också endast uppfyllt sin egen skyldighet och regress till medlöftesmännen eger icke heller i detta fall rum. Det återstår därför endast de tillfällen, då borgen blifvit ingången "en för alla och alla för en" eller löftesmännen stå i ett rent solidariskt förhållande till borgenären och hvarandra. Liksom borgenären kan för hela beloppet hålla sig till hvilken af löftesmännen han vill och för allt hvad han ej hos den först sökte kunnat utbekomma, eger vända sig till hvilken af de andra som helst, till dess han blir fullt godtgjord, på samma sätt gestaltar sig regressrätten mellan löftesmännen inbördes ⁵⁾. Den bland dem som fått betala mera än sin andel efter hufvudtalet, kan för det öfverskjutande söka hvilken af sina medlöftesmän han finner för godt, denne senare kan derefter i sin ordning vända sig till någon af de öfriga, ända till dess hvar och en har utgifvit sin andel. Skulle emellertid brist uppstå hos en eller flere af medlöftesmännen, bör den fördelas efter hufvudtalet

⁴⁾ S. 71.

⁵⁾ 4: 12. UB.

mellan de solvente. Detta sätt för uppgörelsen mellan de särskilda löftesmännen är onekligen af ganska invecklad beskaffenhet och medför stor tidsutdrägt. Men då man velat ändra denna ordning och föreslagit, att den löftesman som fått betala det hela, skulle kunna söka hvar och en af de öfriga endast för en pro rata del, synes detta ej vara mera ändamålsenligt, ty om brist uppstår, skall ju denna i sin ordning fördelas o. s. v. Det ligger i sakens natur, att en uppgörelse mellan flere solidariskt förbundna personer blir besvärlig och tidsödande, och detta förhållande lär ej på lagstiftningens väg kunna ändras.

Till slut böra vi yttra oss något om den förut afhandlade ettårspreskriptionens tillämplighet mellan löftesmännen inbördes. Frågan är, såsom det nämnts, tvifvelaktig. Åtskilliga skäl både för och emot kunna framdragas, hvilka vi icke här behöfva återgifva, då de finnas anförda hos SCHREVELIUS ⁶⁾. Den åsigt, som omfattas i rättsskipningen ⁷⁾ och åtminstone tager billig hänsigt till den betalande löftesmannens ställning, är, att den i K. F. d. 28 Juni 1798 stadgade preskriptionstiden icke är tillämplig löftesmän inbördes emellan. Den löftesman, som före utgången af den i nyssnämnda K. F. bestämda tid blifvit sökt och nödgats inbetala en gäld, för hvilken han jemte andra gått i borgen, behöfver således icke, för att bevara sin rätt mot medlöftesmännen, före samma tids utgång hafva lagsökt dem. NORDLING ⁸⁾ anser att, i likhet med hvad som gäller om den vanliga tioårspreskriptionen ⁹⁾, den betalande löftesmannen har på sig ett kalenderår, räknadt från betalningsdagen, att genom utsökning förvara sin rätt mot de öfriga. Detta synes ock vara ganska lämpligt. — Emellertid kan det svårligen förnekas, att hela denna åsigt — att ettårspreskriptionen icke får beräknas mellan

⁶⁾ Anf. st. s. 468 o. f.

⁷⁾ Se rättsfall i J. A. I, s. 463; N. T. X. 63, XII. 21; K. D. d. 28/10 1857 i BACKMANS Handb. s. 319.

⁸⁾ Anf. st. s. 126.

⁹⁾ Se K. F. d. 4/3 1862 § 5.

löftesmännen inbördas — råkar i någon kollision med den synpunkt af en cession, hvarifrån man vid bestämmandet af regressens omfång i allmänhet utgår. Man kan nemligen, ej utan skäl, anmärka, att då den löftesman som betalt, fått på sig öfverlåten den rätt som borgenären egde, och borgenärens rätt att hålla sig till de öfriga löftesmännen gått till ända med utgången af de efter förfallodagen följande tolf månaderna, så är också den betalande löftesmannen efter den tiden derifrån utestängd. Han skulle eljest erhålla bättre rätt än borgenären-cedenten själf hade.



Rättelser.

Sid.	5	rad	24	står	sig	läs	eig
„	24	„	9	„	anføres	„	anföras
„	57	„	13	„	hvarför	„	hvarföre
„	80	„	15	„	borgen	„	borgen,
„	83	„	13	„	bestämdt	„	bestämt

